

Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun

"Romalılara karşı böylesi bir zafer daha kazanırsak, tamamen yok olacağız." (Plutarch, Pyrrhus 21,14).

Kerem Altıparmak*
Onur Karahanoğulları**

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Mahkeme) Şahin kararı¹ son yirmi yılda Türkiye'nin gündeminden hiç çıkmayan başörtüsü meselesinin, en azından hukuksal yönünün, Avrupa ayağını sona erdirdi.

Hukuksal yönü bir yana, kararın siyasi açıdan ne kadar önemli olduğunu görmek için Türkiye'de en üst düzey siyasi aktörlerce yapılan yorumlara bakmak yeterli olacaktır. Öncelikle Avrupa İnsan Hakları yargılaması tarihinde ilk kez bir ülkenin Başbakanı, Meclis Başkanı ve Dışişleri Bakanı ve iktidar milletvekilleri², hükümetleri bir davayı kazandığı için bu kadar tepki gösterdiler. Siyasi çizgileri ile hükümet etme işlevinin kendilerine yüklediği görevler arasındaki gerilimi bir kez daha hissettiler. Öte yandan, toplumsal sorunun çözümünü gözleri kapalı olarak havale ettikleri hukuk alanında arayan başta Cumhurbaşkanı³ ve YÖK Başkanı⁴ olmak üzere çok sayıda kişi, kazanmış oldukları zaferin heyecanı ile sorunun bir kez daha açılmamak üzere kapandığını belirttiler. Son söz söylenmişti.

Şahin kararı kimseyi ne bu denli üzmeli, ne de bu denli sevindirmelidir. Ya da daha doğru bir ifade ile hukuk devleti ve insan haklarını önemli bulan herkesi düşündürmelidir. Mahkeme'nin verdiği bu karar, Türk hukuku için tam bir *Pyrrhus zaferi*dir. Yapılan hukuksal fedakarlıklar, hem Türk hukuku, hem Avrupa insan hakları yargılama sistemi için ağır sonuçlar doğuracak niteliktedir.

Şahin kararının dikkati çeken iki yönü vardır. Öncelikle dikkatli okuyanların gözünden kaçmayacağı gibi kararda, Türkiye, karara sevinenleri fazlası ile rahatsız edecek ölçüde "Cezayir sendromu" yaşanan bir ülke olarak tasvir edilmiştir. Mahkeme'nin Şahin kararında vardığı sonucu güdüleyen iki siyasi neden bulunmaktadır. Birincisi Mahkeme'nin son dönem kararlarında fazlası ile hissedilen 11 Eylül etkisi⁵, ikincisi ise Mahkeme'nin Türkiye'yi, İslamcı ayaklanma ile iç savaşa sürüklenmiş Cezayir olmanın eşiğinde bir ülke olarak tasavvur etmesidir.

* Dr. Yard. Doç., A.Ü. Siyasi Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi.

** Dr. A.Ü. Siyasi Bilgiler Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Görevlisi.

¹ Leyla Şahin/Türkiye, Başvuru no. 44774/98, 29.6.2004.

² "Erdoğan: AİHM tezgahından ben de geçtim" Hürriyet, 3 Temmuz 2004; "İktidar, AİHM kararına öfkeli", Radikal, 1 Temmuz 2004; "AKP Hazmedemiyor", Radikal, 2 Temmuz 2004.

³ Bkz. aşağıda dipnot 69.

⁴ Bkz. aşağıda dipnot 67.

⁵ Mahkeme yargılamasında 11 Eylül etkisini saptayan bir yazı için bkz. K. Boyle (2004), "Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case", *Essex Human Rights Review* (Cilt. 1, Sayı 1), s. 1, 9.

Ancak yazımızın konusu bu görüntünün tartışılması değil, kararın dikkati çeken ikinci yönü, yani kararın kullandığı yargılama tekniği, hukuksal çözümleme, akıl yürütme ve sonuç çıkarma konularında yaşadığı sorundur. Yazıda, kararın bu sorunlu yönlerinin Türk hukukuna olası olumsuz etkileri ele alınacaktır.

Kararın bütün siyasi etkileri bir yana içinde önemli hukuksal sorunları ve sonuçları içinde barındırdığını görmemek mümkün değildir. Bu kararın değerlendirmesi, kapitalizmin modernlik kurgusundan başlayıp kapitalizmin laiklik temeline ilerleyen ve oradan Doğu-Batı ikiliğine ve hatta Batı'da Doğu sorununa uzanan geniş bir tartışmanın içinde yer alabilir. Ancak bir hukukçu için bu denli geniş çaplı bir değerlendirmeye girmek, sınırlarının ve dermanının çok ötesinde kalır. Böylesi bir maceraya atılmaktan sakınan hukukçuların en güvenilir ilgi ve görev alanı hukukun iç tutarlılığının bekçiliğini yapmak olmalıdır. Bir minimum olarak kabul ettiğimiz ve kuru hukuksal araçları bir cerrah titizliğiyle kullanmak yükümlülüğü nedeniyle pek de cazip ve muteber görülmeyen bu işlevin hukukçular tarafından yeterince sahiplenilmemesinin sonuçları ele aldığımız kararda da hissedilmektedir.

Şahin kararı, Türk yüksek öğreniminde türban sorununun hukuksal yönüne ilişkin hiçbir sorunu çözmediği gibi, tam tersine Türk hukukunu olumsuz etkileyecek ve yeni sorunlar yaratacak niteliktedir.

Bu iddiayı açıklamak üzere *Şahin* kararı dört başlık altında incelenecektir. İlk başlıkta, kararın özeti verilecek, kurgusuna ve kullandığı dile ilişkin değinmelerde bulunulacaktır. İkinci başlıkta, Mahkeme'nin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılabileceği kuralını *Şahin* kararında nasıl uyguladığına bakılacaktır. Üçüncü başlıkta Mahkeme'nin Strasbourg içtihadını *Şahin* başvurusuna nasıl uyguladığını ve bu uygulamanın Türkiye'de yıllardır tartışılan bir konuya açılım getirip getirmediği tartışılacaktır. Son başlıkta ise *Şahin* kararının Türk hukukunda yaratacağı olası etkiler değerlendirilecektir.

I. Hüküm, Kararın Kurgusu ve Dili

Şahin kararı, basına yansıyanın aksine, türban taktığı için üniversiteden atılan bir öğrenciye ilişkin değildir. Kararda, türban takan öğrenciye, sırf bu nedenle verilen bir cezanın değerlendirilmesi de sözkonusu değildir.

23 Şubat 1998 tarihinde İstanbul Üniversitesi Rektörü, sakallı ve türbanlı öğrencilerin üniversite yerleşkesine girişini yasaklayan bir genelge⁶ çıkarmış (para.12); Leyla Şahin, 26 Mayıs 1998'de, kılık kıyafet düzenlemelerine uymadığı için uyarı cezası ve 13 Nisan 1999'da kılık kıyafet yasağını karşı yapılan izinsiz gösteriye katıldığı için bir dönem uzaklaştırma cezası almıştır. Şahin, bu kararın iptali için İstanbul İdare Mahkemesi'ne başvurmuş, Mahkeme İstanbul Üniversitesi'nin uzaklaştırma işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Başvurucunun aldığı cezalar 28 Haziran 2000 tarih ve 4584 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile af kapsamına dahil olmuştur. Şahin 16 Eylül 1999 tarihinde ise Viyana Üniversitesi'ne kaydolmuştur. Şahin, 1998 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (Komisyon) yaptığı başvuru ile "üniversitede türban takılmasının yasaklanmasının Avrupa

⁶ Kararın İngilizce ve Fransızca'sından, Rektörlük kararının adını tam olarak belirleyemedik. Sirküler ve genelge terimleri arasından, yaygın kullanımı olan genelge terimini seçmek zorunda kaldık.

İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme)⁷ 8, 9, 10 ve 14. maddelerine ve 1 numaralı Protokol'ün 2. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkemenin 4. Dairesi, 29 Haziran 2004 tarihinde, oybirliği ile verdiği kararla, Sözleşmenin 9.maddesinin ihlal edilmediği ve ayrıca Sözleşmenin 8, 10 ve 14. maddelerine ve 1 numaralı Protokol'ün 2. maddesine ilişkin ayrı bir sorun ortaya çıkmadığı sonucuna varmıştır.

Bu somut olay vesilesiyle Mahkeme üç temel hukuksal sorunu/soruyu değerlendirmektedir: Üniversitede türban takma, din ve vicdanı izhar (:açığa vurma, meydana çıkarma, gösterme) özgürlüğünün kapsamı içinde yer alır mı; bu özgürlüğün sınırlanabilmesi için gerekli olan “kanun ile sınırlama” koşulunu, üniversite rektörünün genelgesi karşılar mı; türbanın Türk üniversitelerinde takılmasının yasaklanması demokratik bir toplumda zorunlu olarak alınmış bir önlem olarak değerlendirilebilir mi? Mahkemenin her üç soruya verdiği cevap da olumludur.⁸

Mahkeme kararları, hüküm fıkrası dışında, olguları aktaran ve hukuksal çözümlemenin yapıp sonuçlara varılan iki temel bölümden oluşur. *Şahin* kararında da biçimsel olarak bu bölümlere sürdürülmüştür, ancak bu kez Mahkemenin uyuşmazlık konusuna ilişkin olguları aktardığı bölüm, hukuksal gerekçelerinin önemli bir parçasını da oluşturmaktadır. Olgular bölümü mahkemenin yargısına zemin hazırlayacak şekilde kurgulanmıştır. Böylelikle, olgular hukuksal gerekçenin birinci kısmını oluşturmuştur, davacının iddiası Mahkeme için büyük oranda bu bölümde çözülmüştür. Örneğin, olgular bölümünde, hukuksal durum anlatılırken, üniversitelere türbanla girmenin disiplin suçları arasında sayılmadığını belirttikten sonra, iç hukuktaki tartışmaya doğrudan taraf olarak, böyle bir düzenleme olmasa bile türban takmanın başka disiplin suçları kapsamında değerlendirilebileceğini belirtilmektedir. Yani, Mahkeme, iç hukukta böyle bir uygulama olduğunu, boşluğun böyle doldurulduğunu vb'yi saptamamakta, üniversiteye türbanlı girmenin disiplin suçları kapsamında olduğu “sonucuna varmaktadır.”

Mahkeme'nin, olguları aktardığı bölümde, hukuksal sorunları çözmesine bir diğer örnek, üniversite rektörlerine “düzenleme (genel soyut kurallar koyma) yetkisi” tanınmasıdır. Bu sonuca varırken dayanağını da sadece şu cümle oluşturmaktadır “2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 13. maddesi ile rektöre tanınan denetim ve gözetim yetkisinin, ona birel işlemler olduğu kadar, düzenleyici işlemler yapma yetkisini de tanıdığı idare hukuku öğretisinde ve idari yargı kararlarında kabul edilmektedir (para. 50, 51)”. Böylece, Mahkeme, iç hukukumuzdaki büyük bir tartışmayı daha, kararın olgular kısmında iki paragrafta çözüvermektedir. Nitekim Mahkemenin Türk Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığı sorunundaki kestirme çözümü de aynı niteliktedir (para. 52).

Kararda kullanılan dil ve biçim de dikkati çekmektedir. Kararın dili yer yer tarafsızlık konusunda kuşku uyandırma tehlikesini taşıdığı gibi hükmün kurulmasında yanlış temeller oluşturacak kavramlar da bulunmaktadır. Örneğin, Mahkeme'nin *Karaduman* kararından sonra bu kararında da kullandığı “laik üniversite” terimi Türk hukukunda bulunmamaktadır.

⁷ Bkz. 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı İnsan hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun, RG: 19.3.1954/8662.

⁸ Üniversitede türban takmanın, 9. madde açısından değerlendirilmeye tabi tutulduğu ilk dava *Şahin* davasıdır. Daha önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından verilen *Karaduman* ve *Bulut* kararlarında mezuniyet belgesi almak için türbanlı resimle başvuran iki öğrencinin şikayetleri incelenmiş ve başvurular kabul edilemez bulunmuştur. *Karaduman/Türkiye*, Başvuru no. no. 16278/90, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, s. 93. *Bulut/Türkiye*, Başvuru no. no. 18783/91, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı.

Türkiye’de tüm eğitim kurumları anayasal ve yasal düzenleme çerçevesinde laiktir. “Laik üniversite (para. 99)” yüksek eğitim kurumları içinde alt bir kategori oluşturmaz. Böylesi bir terimleştirme, laik üniversitelerin yanısıra dini üniversitelerin varlığını varsayacağı için Türk eğitim ve hukuk sistemi için yanlış olacaktır. Olgular bölümünde, tarihsel bağlam, Osmanlı ile kıyaslanarak verilmiştir (para. 29). Bu tarihsel korku efektine, güncel korku efekti olarak *Refah Partisi* kararındaki saptamalar eklenmektedir (para. 32). Mahkemenin sorunu soyutlayarak incelediği düşünüldüğünde bu göndermelerin kararın oluşmasında ne derece kilit bir rol oynadığı anlaşılacaktır.

Bunun da ötesinde, kararda kimi zaman açıkça “taraf” olunmaktadır: Örneğin Mahkeme “*Tüm bu (türbanı yasaklayan) karar süreci boyunca üniversite makamlarının, türbanlı öğrencilere üniversite kapılarını kapatmamak için, onlarla diyalogu kesmeyerek ve kurumlarındaki düzeni koruyarak tavırlarını gelişen koşullara uyarlamaya çalıştıklarını saptamaktadır* (para. 113).” “Türban yasağına karşı yapılan gösteriler sırasında rektörün, protestocu öğrencilerden kılık kıyafet konusundaki düzenlemelere uymalarını “rica etmesi (para.41)” de Mahkemenin gözünden kaçmamıştır. Mahkeme, “laik üniversite”de yapılabilecek ibadetleri de belirlemektedir: “*Müslüman öğrencilerin, okullarda bir Müslüman için olağan/geleneksel sayılan ibadetlerini yapabildikleri de şüphesizdir (para. 111)*”. Konunun bağlamına ilişkin *dramatik etkiyi* güçlendirmeyi hedefleyen bunlara benzer örnekleri artırabiliriz. Bunun yerine, bu bölümü Mahkemenin hukuk diline yabancı bir yargısıyla bitirelim. Mahkeme’nin Türk içtihatlarına dayanarak saptadığına göre, “*Türban anayasayla uyumlu değil (para. 112)*”dir. Anayasa ile uyumluluğu araştırılabilecek şey, hukuksal düzenlemelerdir, toplumsal veya fiziksel olgular değil.

II. Kanunilik Sorunu: Mahkeme’nin Türk Kamu Hukukundaki Yetki Düzenine Müdahalesi

A. Mahkeme, İnsan Haklarının Sınırlanması Konusunda İdari Bir Birime İç Hukuka Göre Sahip Olmadığı Bir Yetki Tanımıştır

Şahin kararına göre, “Türkiye gibi, nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine bağlı olduğu ülkelerde ... , laik üniversiteler, bu dinin simgelerinin taşınması ve ibadetlerinin gerçekleştirilmesini, yer ve biçim yönünden sınırlandırmalar getirerek farklı inançtan öğrencilerin birlikte bulunmalarını güvence altına almak ve böylelikle kamu düzeni ile diğerlerinin inançlarını güvenceye almak amacıyla düzenleyebilir. (para. 99)”

İstanbul Üniversitesi Rektörü’nün, öğrencilerin başörtüsü ile yerleşkeye girmesini yasaklayan kararının hukuksal meşruiyeti, Mahkeme’ye göre, “*laik üniversitelerin, bu dinin simgelerinin taşınması ve ibadetlerinin gerçekleştirilmesini ... düzenleyebilmesi*” ile açıklanmaktadır.

Bu önerme Türk hukuku için tamamıyla yanlıştır.

Kararda, Üniversite Rektörlerinin “düzenleme yetkisi”nin gerekçelendirilmeye çalışıldığı bölüm, farklı hukuk sistemlerinden gelen yargıçların bir başka ülkenin hukuk sistemini incelerken “düz hukuk metinleri”ni okumakta bile ne kadar zorlanabileceklerinin örneğini sunması açısından şaşırtıcıdır.

Mahkeme, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13. maddesinin b bendine dayanarak Rektöre düzenleme yetkisi tanımaktadır (para. 50). Yükseköğretim Kanunun ilgili hükmü şu şekildedir: *“Rektörün b) Görev, yetki ve sorumlulukları:*

(5) Üniversitenin birimleri ve her düzeydeki personeli üzerinde genel gözetim ve denetim görevini yapmak, (...)gerektiği zaman güvenlik önlemlerinin alınmasında, ... bilimsel ve idari gözetim ve denetimin yapılmasında ... birinci derecede yetkili ve sorumludur.”

Mahkeme'ye göre, *“rektöre kanun ile verilen gözetim ve denetim yetkisi ona, birel önlemleri almanın yanısıra düzenleyici işlemler yapma yetkisini verdiği öğretide ve idari yargı kararlarında kabul edilmektedir. ... Düzgün biçimde çıkarılmış olan düzenleyici işlemler de bir yasallık kaynağıdır (para. 51).”*

Mahkeme'nin dayanak olarak kullandığı yasal düzenlemeler ile vardığı sonuç arasında hiçbir ilgi bulunmamaktadır. Türk hukukunda, hemen hemen her kamu kurum ve kuruluşunun kuruluş kanununda, yöneticilere böylesi genel gözetim ve denetim yetkileri verilmektedir. Bu hükümlerden, idari birimlerin “düzenleme yetkisine” sahip olduğu sonucuna varmak mümkün değildir.

Neden mümkün olmadığını açıklamadan önce “düzenleme” terimine de açıklık getirmek gerekmektedir.

Düzenleme, teknik bağlamı dışında kullanıldığında, yönetirken ilkeler çerçevesinde belli bir yol, yönetim biçimi tutturma anlamına gelmektedir. Yönetici, elbette, yönettiği idari birime bir “düzen” verecektir. Karıştırmamak için Arapça'sını kullanalım. Herhangi bir idari birimin, örneğin üniversitenin, yönetimi elbette bir tertip içinde gerçekleşecektir. Bu tertibi sağlama, yani o hizmeti düzenli tutma, düzenleme elbette en başta hizmetten sorumlu olan yöneticiye ait bir yetkidir. Ancak bu tertipli, düzenli hizmeti sağlamak için idarecinin sahip olduğu yetkilerle, hukukumuzdaki “düzenleme yetkisi” arasında isim benzerliği dışında doğrudan bir ilgi yoktur. Teknik kullanımıyla “düzenleme yetkisi”, idarenin kanunlar çerçevesinde kalarak, kanunun sınırlarını aşmamak ve kanuna aykırı olmamak kaydıyla “genel ve soyut kurallar koyması”nı anlatır. Bu yetkinin hangi idari birimler tarafından kullanılabileceği, çoğu zaman kanunlarla açıkça belirlenir. Ele aldığımız yüksek öğrenim örgütlenmesinde de hangi idari birimlerin düzenleme yetkisine sahip olduğu açıkça kanunlarda düzenlenmiştir. Bu açık yetkilendirmelerin dışında, herhangi bir idari birimin, hizmetin işleyişinden, Mahkeme'nin dayandığı hükümde olduğu gibi “gözetim ve denetiminden” sorumlu olduğundan yola çıkarak “genel ve soyut kurallar koyması” hukuka aykırı olacaktır.

Türk hukukunun kanunilik konusundaki sistemini Mahkeme tamamen yanlış anlamış ve aktarmıştır. Türk hukukunda “idarenin kanuniliği ilkesi” hem genel bir ilkedir hem de konuya ilişkin maddelerde özel olarak düzenlenmiştir. Genel kanunilik ilkesi, temel hakların sınırlandırılmasında kanunilik ilkesi ve özel kanunilik kuralları (üniversitelere ilişkin Anayasa hükmü; disiplin suç ve cezalarının kanuniliği) ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Mahkeme, bu noktaları hiç araştırmamış, genel olarak “öğreti ve yargı kararları”nı, hiçbir somut örnek vermeden dayanak olarak göstermekle yetinmiştir.⁹

⁹ Mahkeme'ye göre, hakim yarattığı hukuk Türk hukukunda geçerli bir kaynaktır (*une source de légalité*). Burada sözkonusu olan bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması olduğuna göre Mahkeme'nin söylediğinden anlaşılması gereken şudur: Türk hukukunda kanunla açıkça düzenlenmemiş olsa bile, temel haklar

Kısacası, Mahkeme, düzenleme yetkisini anlamlandırmakta güçlük çektiği gibi, Rektörlük için, ilgisiz bir düzenlemeden yetki türetmeye çalışmış, kararındaki önemli yargılardan birini de bu yargısı üzerine inşa etmiştir.

Bu bağlamda özellikle temel hakların sınırlandırılmasında kanunilik ilkesini incelemeye ihtiyaç vardır.

B. Temel Hakların Sınırlanmasında Kanunilik İlkesi

Temel hakların sınırlandırılmasında ve idarenin işleyişinde kanunilik ilkesine ilişkin Mahkeme'nin algısındaki sorun, en açık biçimde Sözleşmenin 9. maddesinin ihlalinin sözkonusu olup olmadığını tartıştığı bölümde çıkmaktadır.

Öncelikle Mahkeme tarafından başvuru konusu belirginleştirilmektedir: *“Dosyanın içeriğine göre başvurucu, kılık kıyafet kurallarına uymadığı için okuldan atılmasına yol açan bir disiplin cezasına maruz kalmamıştır. ... İncelenmekte olan başvurunun konusu İstanbul Üniversitesi tarafından çıkarılan genel bir düzenlemeye, yani 23 Şubat 1998 tarihli genelgeye ve onun somut olaya uygulanmasına ilişkindir (para.70)”* Daha sonra da, bu genelgenin 9. maddede yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü sınırladığını belirlemiştir: *“Türban için üniversitelerde biçime ve mekana yönelik sınırlamalar getiren uyumsuzluk konusu genelge, başvuran için dinini ifade etme hakkının kullanılmasında bir sınırlamadır (para.71)”*

Bu yargıdan sonra, Mahkeme için çözmesi gereken önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü tanıyan 9. maddenin ikinci paragrafında bu hakkın sınırlandırılabilirliği kabul edilmiş ve sınırlama koşulları belirlenmiştir. Buna göre, *“din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan tedbirlerle ve **kanunla** sınırlandırılabilir.”*

Mahkeme'nin ortaya koyduğu ve olumlu yanıt vererek çözdüğü sorun rektörlüğün sınırlama getiren *genelgesinin*, maddede “sınırlama aracı” olarak kabul edilen *kanun* niteliğini taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir.

Türkiye’de temel hakların ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilirliğine şüphe yoktur.¹⁰ Sözleşmenin¹¹ Türkçe metni okunduğunda da incelemekte olduğumuz 9. maddede sınırlama aracı olarak “kanun”nun kullanıldığını görmekteyiz. Bununla birlikte, Mahkeme'nin Sözleşmenin orijinal metinlerinde “kanunen öngörülmenin” karşılığı olan *“prescribed by law/prévue par la loi”* düzenlemesine yüklediği anlam, Türkçe’deki “kanun” kavramını aşar ve “hukuk” terimiyle karşılanabilecek niteliktedir.

ve özgürlükler hakimlerin yarattığı hukukla sınırlandırılabilir. (para. 51 ve 77). Türk Medeni Kanununda, yargıç, hukuk kaynağı olarak görülür. Ne var ki, bu tüm hukuk dalları için geçerli değildir. İnsan haklarının sınırlanması gibi, tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alanda hiç geçerli değildir. Buna ek olarak, yargıç yaratısı kuralların, hukukun kaynağı olduğu kabul edilir, bunlara hiçbir zaman kanun niteliğinde kural özelliği atfedilmez. Mahkeme, bu yargısına temel olan kaynağın ne olduğunu açıklamadığı için Türk hukukuna ilişkin bu genel saptamanın kaynağını bilemiyoruz. Ancak bizim bilebildiğimiz kadarı ile hiçbir Anayasa Hukuku kitabı temel hak ve özgürlüklerin hakimlerin yarattığı hukukla sınırlandırılabilirliğini ileri sürmemektedir.

¹⁰ Bkz. Anayasa madde 13. “Temel hak ve hürriyetler [...] ancak kanunla sınırlandırılabilir.”

¹¹ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme, R.G. 19 Mart 1954-8662.

Avrupa İnsan Hakları hukukunun kavram seti, “tâbi” değil, “özerk”tir. Kavramlara özerkliğini veren Mahkeme kararlarıdır. Bu olayda da Mahkeme, 9. maddedeki “kanun” kavramını geliştirdiği özerk anlamıyla olaya uygulamıştır: “*Yerleşik kararlara göre, ‘kanun ile öngörülme’, sadece söz konusu düzenlemenin iç hukukta bir dayanağı olmasını değil, aynı zamanda onun ‘kanun niteliğine’ sahip olmasını gerektirir (para. 74).*”

Mahkeme, bu yargısıyla, biçimsel kanun anlayışının yerine maddi kanun anlayışını benimsemiştir. Nitekim, kararın ilerleyen paragraflarında da bu yaklaşımını açıkça ortaya koymuştur: “*Mahkeme, kanun terimini biçimsel değil, her zaman maddi anlamda anlamıştır (para. 77).*”

Şahin kararında da sürdürdüğü “hukuka/kanuna uygun sınırlandırma” içtihadı Mahkeme’nin, Sözleşmenin 8-12. maddelerinde hakların sınırlandırılması aracını belirlemek için kullanılan “hukuk/kanunen öngörülme” veya “hukuka/kanuna uygun (*in accordance with law*) sınırlandırma” terimlerine ilişkin içtihadı, *Sunday Times* kararında oluşturulmuştur. Buna göre, bir hukuksal düzenlemenin iç hukuktaki nitelendirilmesi tek başına kanun ile sınırlandırma hükmüne uyulduğunu göstermez. Bir iç hukuk düzenlemesinin Sözleşme ile uyumlu sayılabilmesi için düzenlemenin hem ilgili kişilerce *ulaşılabilir nitelikte olması*, hem de kişinin davranışını kurala göre ayarlamasını olanaklı kılacak derecede *açık ve sarih olması* gerekir.¹² Bu şartlara uyan iç hukuk düzenlemeleri, yazılı olsun veya olmasın, “hukukilik (hukukumuzdaki resmi çevirisiyle ‘kanunilik’)” şartını yerine getirmiş sayılırlar. Bu anlamda hem idarelerin düzenleyici işlemleri¹³ hem de yargıların yarattığı hukuk (*judge-made law*) hukuk kavramı içerisinde değerlendirilir.

Bu yaklaşımın kanun dışındaki kaynaklarla temel hak ve özgürlükleri sınırlama geleneği olan devletlerin –özellikle Birleşik Krallık- uygulamalarını da Sözleşme sistemi içinde kavramayı amaçladığı açıktır.

Bunun yanı sıra Mahkeme yazılı olmayan hukukla da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesine ilişkin saptamasının sadece, hukuk kaynağı olarak parlamentoca çıkarılan kanunlara birincil önemi atfetmeyen ortak hukuk (*common-law*) sistemi için geçerli olmadığını, Kıta Avrupası hukukuna göre de hakların kanun bulunmadan sınırlandırılabilmesini söylemektedir. *Kruslin*¹⁴ ve *Huvig*¹⁵ davalarında, Fransa’da telefon dinlemenin özel hayatın gizliliği hakkını ihlal edip etmediği Mahkeme önünde incelenirken Avrupa İnsan Hakları Komisyonu temsilcisi Kıta Avrupası sisteminde yazılı olmayan hukukun ortak hukuk sisteminden farklı olarak Sözleşme anlamında asli bir hukuk kaynağı olamayacağını ifade etmiştir.¹⁶ Mahkeme’ye göre ise bu iki hukuk sistemi arasındaki farkı abartmak yanlıştır. İçtihat hukuku Kıta Avrupası açısından da önemli bir hukuk kaynağıdır ve içtihadın asli bir hukuk kaynağı olduğunu reddetmek Kıta Avrupası hukuk sistemini temelden sarsar. Mahkeme’ye göre, yazılı hukukla düzenlenmiş bir alanda “hukuk”, yetkili mahkemelerin yeni gelişmeleri de dikkate alarak yorumladıkları kuraldır. Bunun sonucunda, telefon dinleme açıkça kanunla düzenlenmese bile mahkemelerin kuralları yorumlaması

¹² *Sunday Times/Birleşik Krallık* (no. 1), 26.4.1979, Series A no. 30, para. 49

¹³ *De Wilde, Ooms and Versyp/ Belçika*, 18.6. 1971, Series A no 12, para. 93; *Barthold/Almanya*, 25.3. 1985, Series A no. 90, para.46. Bununla birlikte Mahkeme’nin yakın tarihte verdiği kararlar, idareye düzenleyici işlem yapmak üzere sınırsız takdir yetkisi verilemeyeceği yönündedir. Örneğin bkz. *Rotaru/Romanya*, başvuru no. 28341/95, RJD 2000-V para. 52; *Hasan ve Chaush/Bulgaristan*, başvuru no 30985/96, 26.10.2000, para. 84.

¹⁴ *Kruslin/Fransa*, 24.4.1990, Series A. No. 176-A.

¹⁵ *Huvig/Fransa*, 24.4.1990, Series A. No. 176-B.

¹⁶ *Kruslin*, para. 28; *Huvig*, para. 27.

sonucunda telefonların dinlenebileceği, *ulaşılabilir* ve *öngörülebilir* bir kural haline gelmişse Sözleşme anlamında “hukuken öngörülme” şartı yerine getirilmiş olacaktır.¹⁷

Mahkeme, Sözleşmedeki tüm haklar açısından da aynı yaklaşımı benimsemektedir. Hemen belirtelim ki, Mahkemenin kanun terimini diğer kaynaklarla genişleterek okuma yaklaşımı tüm Mahkeme üyeleri tarafından paylaşılmamaktadır. Gerçekten de, *Larissis* davasında¹⁸ Yargıç Repik, yazılı bir hukuk sisteminde kanunla açıkça sınırları çizilmemiş bir suçun hakim kararıyla oluşturulmasının ve Sözleşmeyle korunan din ve vicdan özgürlüğünün bu şekilde sınırlandırılmasının kabul edilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Ne var ki, Repik bu ayrışık oyunda yalnızdır. Yani Mahkeme’ye göre bir suç ve cezanın düzenlenmesi sözkonusu olduğunda bile, suçu düzenleyen kanun açık olmasa da, hakimler içtihat yolu ile bu konuyu netleştirip, ulaşılabilir hale getirirlerse Sözleşme açısından kanunilik şartı oluşmuş olacaktır.

Bir başka deyişle Mahkeme’nin aradığı kanuna uygunluk değil, çeşitli hukuk kaynaklarından çıkabilecek kurallardan (örn. düzenleyici işlemler, yargı kararları vb.) oluşan “hukuka” uygunluktur.¹⁹

Buraya kadar söylediklerimizin *Şahin* kararında nasıl somutlaştırıldığını aşağıdaki gibi özetlemek mümkündür:

1. Üniversitenin yürütme organı olan Rektörün, kanunilik ilkesine uygun olarak dava konusu genelgeyi çıkarma yetkisinin varlığında şüphe yoktur.
2. Genelge, Yüksek Öğretim Kanununun, “yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla üniversitelerde kılık kıyafet serbestisi getiren” geçici 17. maddesine aykırı değildir. Geçici 17. madde, Anayasa Mahkemesinin ilgili kararındaki²⁰ gerekçe ile birlikte değerlendirilmelidir. Zira,
 - a. 9. maddedeki “kanun” kavramının içine, yargı kararları da girer. Çünkü,
 - i. Mahkeme, kanun terimini biçimsel değil, her zaman maddi anlamda anlamıştır.
 - ii. Kanun terimi, kanun altı düzenlemeler de dahil, yazılı kuralları da yazılı olmayan kuralları da kapsar.
 - iii. Kanun terimi, yargıç tarafından yaratılan kuralları da içerir.
 - iv. Türk hukuku da yargıç tarafından konulan kuralları “kanunilik kaynağı” olarak kabul etmiştir.
 - v. Özetle “kanun” yargıç tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükteki metinlerdir.

¹⁷ Kruslin, para. 29; Huvig, para. 28.

¹⁸ Larissis ve Diğerleri /Yunanistan, 24.2.1998, RJD 1998-I, s. 378. Yargıç Repik’in ayrışık oyu.

¹⁹ Bununla birlikte, yazımız boyunca resmi çeviri esas alınarak hukuka uygunluk yerine kanuna uygunluk terimi tercih edilmiştir. Tercihin nedeni, iç hukukumuzda temel hakların sınırlanması aracı olarak tekele sahip olan “kanun” ile Mahkeme’nin yorumladığı Sözleşmedeki “kanun (/hukuk)” terimi arasındaki çelişkiyi daha kolay gösterebilmektir.

²⁰ 1988 yılında Yükseköğretim Kanunu’na bir madde eklenerek “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmaz zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından “laik bir devlette yasal düzenlemelerin din kurallarına göre yapılamayacağı” gerekçesiyle iptal edilmiştir (AM., E.1989/1, K.1989/12, k.t.7.3.1989, **AMKD**, s.133) İptalden sonra 1990 yılında Yükseköğretim Kanununa “yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak koşulu ile yükseköğretim kurumlarında kılık kıyafet serbesttir (Ek m.17).” hükmü eklenmiştir. Düzenlemenin iptal istemi reddedilmiş ancak, Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde “serbestliğin”, “dini inanç sebebiyle boyun ve saçların türbanla kapatılmasını ve dinsel nitelikli giysileri kapsamadığı”nı saptamıştır (AM., E.1990/36, K.1991/8, k.t.9.4.1991, **RG**, 31.7.1991, sy. 20947).

- b. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi ile birlikte değerlendirildiği zaman 17. maddede, kanun için gerekli olan “öngörülebilirlik” ve “ulaşılabilirlik” niteliklerini taşımaktadır. Zira,
 - i. Anayasa Mahkemesi kararı Resmi Gazetede yayımlanmıştır ve tüm devlet organları için bağlayıcıdır.
 - ii. Ayrıca, uzunca bir süredir de Danıştay, üniversitelerde türban takılmasını Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırı bulan kararlar vermektedir.
3. İstanbul Üniversitesi'nin genelge uygulaması değerlendirildiğinde bu özellikleri taşıdığı sonucuna ulaşılabilir. Başvurucu, kayıt olmadan çok önce de İstanbul Üniversitesi'nde türbana ilişkin sınırlamalar yapılmıştır ve bu kurallara ağıttır.

Mahkeme'nin, “kanun ile sınırlama” koşulunu değerlendirirken “kanun” terimine yüklediği anlamın geniş olmasında, farklı hukuk sistemlerinin ve bunun da ötesinde iki büyük hukuk ailesinin üzerinde özerk kavramlarla yargılama yapma ihtiyacının yanısıra, “kanun” teriminin olgusalı kavrama gücünün yetersizliğini aşma ihtiyacı da etkili olmuş olabilir. İnsan haklarının korunması gibi duyarlı bir konuda yapılacak yargılamanın, iç hukuk makamlarının hukuksal “adlandırmalarını” aşarak toplumsal gerçekliği tam olarak kavrama arayışında olması normaldir. Özellikle hukuktaki “maddi ölçüt” bu arayışa yardımcı olabilecek bir araçtır. Nitekim, Mahkeme, *Şahin* kararında, “kanun” terimini maddi ölçüte göre anlamlandırdığını açıkça belirtmektedir.²¹

Sorun, Mahkeme'nin bu arayışında değil, bu arayışın, insan haklarının korunmasına yaramayacak sonuçlar üretebilmesindedir. *Şahin* olayı bunun açık bir örneğini sunmaktadır. *Şahin* kararı Türk hukukunun kurmuş olduğu temel hakların korunması sistemine ağır bir darbe vurmuş ama bu darbe türban tartışmaları arasında gözardı edilmiştir.

Türkiyeli hukukçu için Rektörlüğün genelgesinin, temel haklardan herhangi birini sınırlamak için uygun hukuksal araç olmadığı açıktır. Temel haklar kanun ile sınırlanır ve idari birimlerin çıkardığı genelgeler ise kanun değildir. Bu denli “doğal” bir konuda, Mahkeme tamamen farklı bir sonuca varmıştır. Sözleşme ve Mahkeme kararları karşısında yerel hukukçuların şaşkınlıkları olağandır, zira bu Sözleşme ve Mahkeme içtihatları, ulusal hukukları aşan, farklı bir terminoloji kullanan, kimi terimleri farklı anlamlandırarak kavram içeriğini zenginleştiren, bunu yaparken de iç hukukları aşan yeni bir hukuk düzenidir.

Böylelikle Mahkeme, Türk idaresi içindeki bir idari birimin, insan haklarının sınırlandırılması konusunda genel kural koyma yetkisini tanımıştır. Öngörülebilir ve ulaşılabilir olduğu sürece, iç hukukta kendisine bu konuda yetki verilmemiş ve hatta yetki başka bir organa ait olsa bile, idare kural koyarak insan haklarını, diğer koşullara uymak kaydıyla sınırlayabilecektir. İşin ilginç yanı, böyle bir uygulama, iç hukukta idarenin yasallığı ilkesine aykırı olacak, ancak Sözleşmenin, Mahkeme kararlarıyla özerkleştirilmiş kanunilik ölçüsüne aykırı olmayacaktır.

Mahkeme, ihlal saptayan bir mahkeme olmaktan çıkmakta, idarelere yetki veren bir mahkemeye dönüşmektedir. Artık, benzer idari birimler, iç hukukta herhangi bir yetki kaynağına sahip olmasa da, İnsan Hakları Sözleşmesinde tanınan hakları güvenceye almak

²¹ Hukukumuzda, mevzuu ve mer'i hukuku saptamak bakımından biçimsel kanun anlayışı geçerlidir. TBMM tarafından, Anayasa'da öngörülen usullere göre görüşülerek kanun adıyla kabul edilen, Cumhurbaşkanınca ısdar edilerek Resmi Gazete'de yayımlanan hukuksal işlemler, ilke olarak kanun olarak kabul edilir. Bunun önemi, bağlanan hukuksal sonuçlar bakımından ortaya çıkar. Örneğin, denetim yolları işletilecekse biçimsel ölçüte göre saptama yapılmak zorundadır. Çıkan bir kanunun genel, soyut ve sürekli kuralları getirmediğini ileri sürerek kanunun denetimi için idare mahkemesine başvurmak mümkün değildir. Ya da olayımızda olduğu gibi, genel, soyut ve sürekli nitelikte kuralları getiriyor diye idari makamdan çıkan bir idari kararı kanun saymamız, en azından pratik hukuksal sonuçları bakımından mümkün değildir.

gibi haklı bir amaç için, temel haklara sınırlamalar getirme cesaretini gösterebilecektir. Zira, Mahkeme, bu fedakarca tavırda herhangi bir insan hakları ihlali görmemektedir.

C. Özerk Kavramlar Hangi Yöntemle Kullanılabilir?

Mahkeme, *Şahin* kararında, iç hukuklardan özerk anlamı “kanun” kavramı ile, Türk iç hukukunu sinamaktadır. Böyle bir sinamada iki yöntem izlenebilir.

Birinci yöntem: İç hukukta kurulmuş olan sistemi tamamen görmezden gelerek sadece yalıtık olarak insan haklarını sınırlayan uyumsuzluk konusu kararı incelemek ve onun Sözleşmedeki “kanun” koşulunu taşıyıp taşımadığını değerlendirmektir. Yani, insan haklarını sınırlayıcı kuralı koyan birimin, iç hukuktaki insan haklarını düzenleme/sınırlama sistemi içinde yeri olup olmadığını araştırmadan, yetki ögesini bir kenara bırakarak kararın öngörülebilir ve ulaşılabilir olup olmadığı araştırılabilir. Böylesi bir yöntemin izlenmesi, içindeki hukuk sisteminin oluşum özelliklerini (common law - romanist gelenek, mevzuu hukuk-içtihat hukuku geleneği) görmezden gelerek kurulmuş hukuk sisteminin iç bağlantılarını bozmak tehlikesini taşımaktadır.

İnsan haklarının düzenlenmesi ile devlet organları ve idare içindeki yetki dağıtımına ilişkin sistem veya bir başka ifadeyle “içerideki yetki düzeni”, bu düzenin bizzat kendisi insan hakkı ihlali oluşturmuyorsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının etki alanında olmamalıdır. Ancak, incelediğimiz kararıyla Mahkeme, Türkiye’deki bu düzene bizzat müdahale etmiş, yetkisiz bir idari birimi yetkilendirmiştir. Bu karar, içindeki yetki düzenini dağıtacak niteliktedir. Bu yargıyı olayımıza uygularsak, iç hukukta hiçbir şekilde kanun sayılamayacak, onun ikamesi olmayan bir işlem olan “genelge” kanun sayılmış; düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunmayan rektör bir temel hakkın sınırlanması sonucu doğuran kurallar koyabilmiştir. Bunun iç hukukta doğurabileceği kaotik sonuçları tahmin etmek güçtür.

İkinci yöntem: Türk hukukunda kurulmuş olan insan haklarını düzenleme/sınırlama mekanizması/sistemi, özerk kanun kavramının özellikleriyle sınanır. Yani, Türk hukukundaki biçimsel kanun ile sınırlama sistemi, *öngörülebilir* ve *ulaşılabilir* nitelikte midir? Yanıt olumlu ise, Sözleşmedeki kanun koşulu sağlanmış. Yanıt olumsuz ise, Türkiye’deki temel hakların sınırlandırılması sisteminin Sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varılır.

Şahin kararındaki risklerle karşılaşılabilmesi için bu yöntemin de ikili bir test uygulanarak belirginleştirilmesi yararlı olacaktır.²² Buna göre ilk önce yapılan düzenlemenin iç hukukta geçerliliği olup olmadığına bakmak gerekecektir (1. test: iç hukuk testi). Örneğin Türk hukukuna göre sınırlandırma mutlaka kanunla yapılmalıdır.²³ Eğer sınırlandırma kanunla yapılmamışsa, Mahkeme’nin ulaşılabilirlik ve açıklık testine başvurmaya gerek yoktur. Yok eğer sınırlandırma kanunla yapılmışsa, bu sınırlandırmanın ayrıca ulaşılabilir ve anlaşılır olup

²² Her ne kadar Mahkeme’nin ilgili kararlarında, bizim aşağıda ileri sürdüğümüz ikili test uygulanıyormuş gibi bir izlenim çıkmaktaysa da, Mahkeme genelde iç hukuka uygunluğu incelememektedir. “Sözleşme’nin 8 ila 11. maddeleri arasında ifadesini bulan “hukuken öngörülmüş olma” ve “hukuka uygun” olma tabirleri sadece şikayet konusu önlemin iç hukukta bir dayanağı olmasını değil ve fakat aynı zamanda bu hukukun belli niteliklere de sahip olmasını gerektirir.” Örn. bkz. Hashman ve Harrup/Birleşik Krallık, Başvuru no. 25594/94, RJD 1999 VIII, para. 31

²³ Mahkeme kişi özgürlüğüne ilişkin 5. madde davalarında yakalamanın veya tutuklamanın iç hukuka uygun olup olmadığını incelemektedir. Benzer bir inceleme 8-12. maddeler açısından da yapılabilir. 5. madde uygulaması için bkz. Bozano/Fransa, 18 Aralık 1986, Series A no. 111, para. 54; Lukanov/Bulgaristan, 20 Mart 1997, RJD 1997-II, para. 41.

olmadığına bakmak gerekir (2. test: Avrupa testi). Gerçi iç hukuka aykırı olarak yapılan sınırlandırma zaten öngörülebilirlik şartını yerine getirmemiş demektir. Ancak Mahkeme'nin bugüne kadarki kararları Mahkeme'nin iç hukuka uygunluk sorununu, Avrupa testini uygularken pek de dikkate almadığını göstermektedir. Bu durumda en sağlıklı yöntem ikili testi uygulamaktır. Bu şekilde Türk hukuku gibi kanun dışı temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmayı açıkça yasaklayan hukuk sistemleri açısından öngörülebilirlik incelemesine gereksiz yere girmeye gerek kalmayacaktır. Bu durumda iç hukuk Mahkeme'nin kararlarından daha az zarar görecektir. Şahin olayında da kanunla düzenlenmiş bir sınırlandırma olmadığına göre, davada ilk test yerine gelmediği için ihlal sonucuna ulaşılmalı, ikinci test, yani iç hukukta kanun niteliği taşımayan düzenlemenin ulaşılabilir ve öngörülebilir olup olmadığı ayrıca incelenmemelidir.²⁴

III. Sınırlama İlkeleriyle Çelişen Noktalar: Yargılanan Şahin mi, Türkiye mi?

Mahkeme, Şahin kararında başvuru aleyhinde karar verebilmek için bugüne kadar zenginleştirdiği içtihadından önemli ölçüde ayrılmak zorunda kalmıştır. Bunun da ötesinde Şahin kararı, son derece yüzeysel bir hukuksal inceleme sonucu karara bağlandığı için Türkiye'de başörtüsü konusunda bugüne kadar yapılan tartışmaların insan hakları boyutuna hiçbir katkı sağlamamaktadır. Bu bölümde karar bu açıdan analiz edilmeye çalışılacaktır.

A. Aracı meşru kılan amaç

Sözleşmenin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü tanıyan 9. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan tedbirlerle ve kanunla sınırlanabilir.”

Mahkeme, “*olayın özelliklerini ve iç hukuktaki yargı kararlarını gözönüne aldığı, başvuru konusu düzenlemenin, başkalarının hak ve özgürlüklerinin ve düzenin sağlanması gibi meşru amaçlara yönelik olduğu (para.84)*” sonucuna varmıştır.

Mahkeme, Dahlab kararına²⁵ gönderme yaparak ilkeyi koymaktadır: Demokratik bir toplumda devlet, kamu güvenliğine ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına zarar veriyorsa türban takılmasını sınırlandırabilir.²⁶ Bu gibi durumların belirlenmesinde, “*güçlü dışsal simge*” niteliği ile “*yaymacı*” niteliği gözönüne alınmalıdır (para.98).

Mahkeme, daha sonra, bu temel ilkenin, incelediği olayda geçerli olup olmadığını araştırmaya geçmektedir. Burada Mahkeme'nin uyguladığı yöntem “soyut-toptancı” (veya kategorik) olarak adlandırılabilir. Mahkeme'nin incelediği olay, İstanbul Üniversitesi'nde türban takılmasının yasaklanmasıdır. Bu çerçevede Mahkeme'nin İstanbul Üniversitesi'nde, türban takılması nedeniyle kamu güvenliğine ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına

²⁴ İhlalin, süreklilik kazanarak ulaşılabilir ve öngörülebilir olması, hali bir “kanun” haline getirmez. Aksi düşünce, bizi garip sonuçlara götürür. Türkiye'de birçok insan hakkı ihlali (sınırlaması) ulaşılabilir ve öngörülebilir bir idari pratik halindedir. Rektörün kararı gibi, idari nitelikte olan uygulamaları da “yasal sınırlama” olarak kabul etmek hukuk mantığının sınırlarını zorlamak olacaktır.

²⁵ Dahlab/İsviçre, Başvuru no. 42393/98, 15.2.2001, ECHR 2001-V.

²⁶ Bu yaklaşım Sözleşme içtihadına ilk defa Komisyon'un Arrowsmith kararı ile girmiştir. Bkz. Arrowsmith/Birleşik Krallık, 7050/75, 19 DR 5, para. 71.

zarar verilmiş olup olmadığını araştırması gerekir. Bunu yaparken de İstanbul Üniversitesi'ndeki türbanlı öğrencilerin, türban takmayı "güçlü bir dışsal simge" olarak ve "yaymacı" amaçlarla kullanıp kullanmadıklarına ilişkin verileri incelemelidir.

Bunu yapmak yerine, Mahkeme, kategorik bir yöntem izlemiş, "İstanbul Üniversitesi" yerine "Türkiye"yi ve İstanbul Üniversitesinin türbanlı öğrencileri yerine de "İslam"ı koymuştur: *"Türkiye gibi, nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine bağlı olduğu ülkelerde²⁷, üniversitelerde, bazı köktenci dini hareketlerin, bu dinin kurallarına uymayan veya başka dine mensup olan öğrenciler üzerinde baskı kurmasını önlemek amacıyla önlemler alınması Sözleşmenin 9/II hükmüne göre meşrudur (para. 99)."*²⁸

Mahkeme, Cezayirleşme yolunda bir Türkiye tablosu çizmektedir: *"Son yıllarda bu dini simgenin siyasi bir anlam kazandığı gözden uzak tutulmamalıdır (par 108) ... Türkiye'de toplumu dini esaslara dayandırmaya çalışan aşırı siyasi hareketler bulunmaktadır (para.109). Her Sözleşmeci devlet, kendi tarihsel deneyimlerine dayanarak bu gibi hareketlere karşı önlemler alabilir."* *"İstanbul Üniversitesi Rektörünün sınırlama kararı böylesi bir bağlamda yer almakta ve üniversitede çoğulculuğu korumaya çalışmaktadır (para. 109)."*

Oysa Mahkemenin kararını böyle genel bir saptamaya dayandırmak yerine İstanbul Üniversitesi'ndeki durumu ortaya çıkartmak için başka soruları yanıtlaması gerekirdi. Örneğin, kökten dinci hareketler İstanbul Üniversitesi'nde bulunmakta mıdır? Varsa bu hareketler, düzeni bozmaya yönelik neler yapmışlardır? Bu öğrenciler, yüksek öğretim hizmetinin üretilmesinde ne gibi aksaklıklar yaratmaktadırlar? İstanbul Üniversitesi'nde okuyan ve türban takmayan diğer öğrenciler bu davranışlar nedeniyle baskı altında kalmışlar mıdır? Bu konuda herhangi bir vaka var mıdır? Yaygınlaşmış mıdır? Varsa, bunlara yönelik disiplin önlemleri alınmış mıdır? Alınan disiplin önlemleri varsayılan baskıyı ortadan kaldırılabilmiş midir? Türbanın İstanbul Üniversitesi'nde yasaklanması düzeyine geçiş kararı daha hafif olan disiplin önlemlerinin yetersizliği nedeniyle mi alınmıştır?²⁹

Mahkeme, İstanbul Üniversitesindeki türban takılması olayını yukarıdaki sorulara girmeden değerlendirdiği gibi, alınan Rektörlük önlemini de aynı şekilde soyut bir düzlemde ele almıştır. Mahkeme, İstanbul Üniversitesi Rektörünün genelgesini, ilkesel bağlamda şu şekilde değerlendirmektedir: *"dava konusu sınırlama, birbirini tamamlayan, laiklik ve eşitlik ilkelerine dayanmaktadır (para. 104)."*

Mahkeme kategorik gitmekte, sonucunda, karar belli bir uyuşmazlığın çözümü olmaktan çıkıp kural koymaya dönüşmektedir. Kural: Türkiye halkının büyük bir çoğunluğu belli bir dine mensup olduğundan, kamu düzenini korumak, başkalarının hak ve özgürlüklerine zarar vermemek, laiklik ve eşitlik ilkelerini güvenceye almak için Türk üniversitelerinde türbanla eğitim hizmetinden yararlanılamaz.

²⁷ Türkiye'nin büyük çoğunluğu aynı dine mensup bir nüfusa sahip olmasının özgünlüğü kararın ilerleyen bölümlerinde de vurgulanmaktadır: *"Türkiye bağlamında türban sorunu ele alındığında, dini bir zorunluluk olarak sunulan bu dinsel simgenin takmayanlar üzerindeki etkisi gözardı edilerek bir değerlendirme yapılamaz (para.108)."*

²⁸ Böylesi bir kategorik yaklaşımın sonuçlarını en iyi gazete haber başlıkları yansıtmaktadır. İnternette taradığımızda, yabancı ajansların tamamına yakınının "AİHM'den türbana yasak", "AİHM'den türbana geçit yok" çizgisinde başlıklar attıkları görülmektedir.

²⁹ Önemli olan bu nokta için bkz aşağıda III.B Ölçülülük kavramı.

B. Ölçülülük

Ölçülülük kavramı, Mahkeme içtihadına bugüne kadar hakim olan eksen kavramlardandır. Buna göre Mahkeme kamu makamlarının herhangi bir işlem veya eyleminin Sözleşmeye uygunluğunu incelerken yapılan müdahalenin *baskın bir sosyal ihtiyaçtan* doğup doğmadığını ve bu müdahalenin meşru amaçla *orantılı* olup olmadığını incelemektedir. Bu amaçla Mahkeme, hükümet tarafından kişinin özgürlüğüne yapılan müdahaleye gerekçe olarak gösterilen nedenlerin *ilgili* ve *yeterli* olup olmadığına bakmaktadır.³⁰ Bu kavramın, dinsel ayrımcılık konusunda ayrı bir önemi vardır.³¹ Buna göre eğer meşru bir amaca ulaşmak için kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında *makul bir orantı* yoksa bu aracın kullanılması Sözleşme'ye aykırı olacaktır.³²

Türk üniversitelerinde başörtüsü yasağının bu değerlendirmeye göre ölçülü olup olmadığını burada tartışmayacağız. Ancak Mahkeme'nin bu konuda gerekli özeni gösterip göstermediğine değinmekle yetineceğiz.

Şahin kararında da Mahkeme, ölçülülük hakkında daha önce sıraladığı ilkeleri tekrarlamaktadır (para.13). Ne var ki, Mahkeme'nin başvurunun başörtüsü takması ile alınan önlemlerin ilgisi arasında nasıl bir bağlantı kurduğunu çözmek çok kolay gözükmemektedir. Mahkeme iki sayfadan kısa bir değerlendirme ile Türkiye'de türbanı köktendinci gruplarla ilişkilendirmektedir. Bu her başörtülü öğrencinin ya da bunların çoğunluğunun bu örgütlerle bağlantılı olduğu varsayımın kabulü anlamına gelmektedir. Halbuki, bir mahkemenin yapması gereken şey İstanbul Üniversitesi'nde başvurunun bu eyleminin gerçekten bir tehlike yaratıp yaratmadığının saptanmasıdır.³³ Konuyu biraz daha netleştirmek için şöyle bir soru sorulabilir: Türkiye'nin tüm üniversitelerinde türban takan öğrenciler takmayanlar aleyhine eşit düzeyde bir tehlike mi yaratmaktadır?³⁴ Mahkeme, hiçbir *yargılama* zahmetine katlanmadan bu soruya evet cevabını vermektedir. Böylesi bir çıkarımın öncelikli olarak Sözleşme tarafından koruma altına alınan doğru yargılama ilkesine aykırı olduğu açıktır. Sözleşme yargılamasının niteliği düşünüldüğünde, taktığı başörtüsünün böyle bir bağlantı anlamına gelip gelmediğini kanıtlamak yükümlülüğü başvurucuya değil, bu gerekçeyle sınırlandırmayı yapan devlete aittir.

³⁰ Örn. Wingrove/Birleşik Krallık, 25.11.1996, *RJD* 1996-V; Murphy/İrlanda, Başvuru no. 44179/98, 10.7.2003, para. 68.

³¹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Din ve Vicdan Hürriyeti'ne ilişkin Genel Yorumunda sınırlandırmaların, sınırlandırmaya neden olan özel nedenle ölçülü olması gerektiğini belirtmektedir. Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18 (Forty-eighth session, 1993). *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies* U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 35 (1994), para. 8. Genel Yorumun Türkçe çevirisi şu eserde bulunabilir: Öktem, Akif Emre (2002), *Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü*, (Ankara: Liberte), s. 126 vd.

³² Bkz. örn. Thlimmenos/Greece ([GC], no. 34369/97, ECHR 2000-IV); Marckx/Belgium 13.6.1979, Series A no. 31, para. 33; Cha'are Shalom ve Tsedek/Fransa, Başvuru no. 27417/95, 27.6.2000, para. 87. Yakın tarihli bir kararında Mahkeme, bir kilisenin tüzel kişiliğinin tanınmaması nedeniyle Moldova'nın ölçülülük ilkesini ihlal ettiğini tespit etmiştir. Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri/Moldova, Başvuru no. 45701/99, 13.12.2001, paras. 128-130.

³³ BM İnsan Hakları Komitesi'nin Şahin olayının tam tersi bir örnekte, devletin kadınları kapanmaya zorladığı Sudan hakkındaki raporunda, kamuya ait binalarda kadınların katı kıyafet kurallarına tabi tutulmasının kamu düzeni ve ahlak gibi genel gerekçelerle meşru kılınamayacağını belirttiğinin altını çizmekte yarar var. *Report of the Human Rights Committee, Volume I, General Assembly Official Records, Fifty-third Session Supplement* (1988), No. 40 (A/53/40), para. 133.

³⁴ Carolyn Evans, Komisyonu *Karaduman* davasında bu konu üzerinde hiç durmadığı için eleştirmektedir. Aynı eleştiri Mahkeme açısından da geçerlidir. Carolyn Evans (2001), *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, (Oxford: OUP), s. 206.

Somut bağlantılar kurulmadan ve bulgular değerlendirilmeden bir önlemin ölçülü olduğu sonucuna ulaşılmasının tek anlamı Türkiye'nin her yerinde başörtüsünün bir tehlike yarattığıdır ki; aşağıda değineceğimiz gibi böyle bir sonuç çok daha çetrefilli sorunlar yaratmaya adaydır.

Halbuki Mahkeme'nin tercihi verilen kamu hizmetinin niteliğine göre bir değerlendirme yapmak olabilirdi. Aslında bu tip bir verinin Mahkeme'nin elinde olduğu da görülmektedir. Mahkeme İstanbul Üniversitesi'nde türbanın tarihçesini açıkladığı bölümde, 1994 yılında Üniversite Rektörünün hemşirelik okulunda türban yasağını protesto etmek üzere dilekçe veren kız öğrencilere verdiği cevaba atıfta bulunmuştur. Bu cevapta Rektörlük bir hemşirenin ameliyat sırasında veya bir bebeği küvezine koyarken uzun kollu bir kıyafet giymesinin meslekle uyusmayacağı dile getirilmiştir. (para. 40) Bir başka deyişle dini izharın bu örnekte verilen hizmetle açıkça çeliştiği gözlemlenmektedir. Mahkeme konuyu bu açıdan değerlendirseydi türban konusunda kategorik bir sınırlama ortaya çıkmaz ve soruna çok daha sağlıklı ve hukuksal dayanakları sağlam bir çözüm bulunmuş olurdu.³⁵

Nitekim Mahkeme'nin bu konuda daha önce verdiği kararlar kısmen bu çizgideydi. Örneğin, *Dahlab* kararında Mahkeme, öğretmenlik görevine son verilen İsviçreli başörtülü bir öğretmenin başvurusunu reddederken, başvurusunun 4 ila 8 yaşındaki öğrencilere ders vermekte olduğunu ve bir kamu okulunda çalıştığı için öğrenciler karşısında devleti temsil ettiğini dikkate almıştır.³⁶ Mahkemeye göre, bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesi'nin başvuru aleyhine aldığı karar başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve güvenliğini koruma amaçları ile ölçülüdür. Benzer bir şekilde Komisyon, *X/Birleşik Krallık* kararında başvurusunun Cuma namazına katılmak istemesi nedeniyle tam zamanlı çalışmadan yarı zamanlı çalışmaya geçmek zorunda kalmasının³⁷ 9. maddeye aykırı olmadığını tespit ederken, öğretmen olan başvurusunun özgür iradesi yanında olay sırasındaki İngiliz eğitim sisteminin durumunu da dikkate almıştır.³⁸ Askerlik mesleğini seçen kişiler açısından mesleğin özel bir disiplin gerektirmesi nedeniyle, başvuru sahiplerinin işten (veya Harp Okulundan) çıkarılmasının³⁹ 9. maddeye uygun görülmesinde de, Mahkeme kararları son derece kötü formüle edilmiş olmakla birlikte⁴⁰, en azından verilen hizmetle dini izhar özgürlüğü arasında bir bağ kurulabilmektedir. Kişinin kendi sağlığını güvence altına almak amacıyla yapılmış düzenlemeler de din ve vicdan özgürlüğünü ihlal eder mahiyette sayılmamıştır. Örneğin motosiklet kullanan bir kişinin kask takma zorunluluğunu, dini

³⁵ Sınırlandırmanın verilen kamu hizmeti –veya somut durumla- mutlaka bağlantısı olması gerektiği yönünde bkz. Erdoğan, s. 118; Bahia Tahzib-Lie (2000), “Applying Gender Perspective in the Area of the Right to Freedom of Religion or Belief”, *BYU L. Rev* 967, 983.

³⁶ Mahkeme'nin aynı kararda başörtüsünün cinsler arasındaki eşitliğe ve hoşgörü kavramlarına aykırı olduğunu not ettiğini de eklemekte fayda vardır. *Dahlab/İsviçre*, Başvuru No. 42393/98.

³⁷ Başvurucu tam zamanlı işinden istifa edip, idareyle haftalık dört buçuk günlük bir çalışma üzerinden sözleşme imzalamıştır.

³⁸ *X/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 8160/78, 22 DR 27 (1981), 36. Özellikle 18. ve 19. paragraflar.

³⁹ *Kalaç /Türkiye*, 1.7.1997, RJD 1997-IV, s. 1210; Larissis ve Diğerleri /Yunanistan, 24.2.1998, RJD 1998-I, s. 378; *Yanaşık/Türkiye*, başvuru no. 14524/89, Komisyon kararı, 6.1.1993, 74 DR 14; *Akbulut/Türkiye*, Başvuru no. 45624/99, 6.2.2003; *Başpınar/Türkiye*, Başvuru no. 45631/99, 3.10.2002; *Şen ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru no. 45824/99, 8.7.2003.

⁴⁰ Hemen belirtelim ki, Mahkeme bu davalardaki kararları da son derece yanlış formüle edilmiştir. Örneğin *Başpınar* olayında hükümet başvurusunun Yüksek Askeri Şura kararında disiplinsiz bulunmasının nedenlerinden birinin başvurusunun eşinin türban takması olduğunu açıkça belirtmesine rağmen Mahkeme, *Başpınar*'ın görevden çıkarılmasının eşinin ve kendinin dini inancından kaynaklanmadığını belirtmiştir. Aynı şekilde bkz. *Tepeli ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru no. 31876/96, 11.9.2001; *Acarca/Türkiye*, Başvuru no. 45823/99, 3.10.2002; *Balcı/Türkiye*, Başvuru No. 48718/99, 3.10.2002; *Çelikeş ve Diğerleri*, Başvuru no. 45824/99, 3.10.2002. Aynı günde verilen aynı mahiyetteki kararlar için bkz. <www.echr.coe.int>

gerekçelerle ihlal etmesi mümkün değildir.⁴¹ Ancak, verilen hizmet sınırlandırmayı gerektirmiyorsa, sadece diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini ciddi anlamda tehdit eden durumlarda din ve vicdanı izhar özgürlüğüne sınırlandırma getirilebilir.⁴²

Bu konuda daha önce verilmiş *Karaduman*⁴³ ve *Bulut*⁴⁴ kararları da *Şahin* kararından çok farklı olmamakla birlikte ölçü olarak alınamaz. Her ne kadar bu kararlar Türkiye’de bir üniversiteden diploma almak için başvuran türbanlı öğrencilere ilişkinse de, Komisyon – eleştiriye açık bir şekilde diploma için çektirilen fotoğrafın bir dini izhar meselesi olmadığını ifade etmiştir.⁴⁵ *Şahin* kararı bu kararlardan farklıdır, çünkü Mahkeme okula türbanla girmenin bir dini izhar sorunu olduğunu kabul etmiştir. Uluslararası bir Mahkemenin neyin bir dinin “zorunlu” izharı olduğunu saptamasının ne kadar doğru olduğunu bir kenara bırakırsak⁴⁶, *Karaduman* ve *Bulut* kararlarının dini izharın hangi şartlar altında sınırlandırılabilmesine ilişkin koşulları saptamak açısından ölçü olamayacağına şüphe yoktur. Bunun yanında belirtmek gerekir ki, Komisyon *Karaduman* ve *Bulut* kararlarında başvuruları kabul edilemez bulurken, başvuruçuların öğrencilik hayatlarında başörtülerini çıkarmaları yönünden bir baskıyla karşılaşmadıklarını da not etmiştir. Bu anlamda, *Şahin*, kişinin aldığı kamu hizmeti ile din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılması arasında hiçbir bağ kurulmayan ilk Strasbourg kararıdır.

Bu bağlamda *Şahin* kararında göz ardı edilen bir noktayı da vurgulamakta fayda vardır. Mahkeme, konunun her ülkede farklı bir şekilde düzenlendiğini ve bu konuda ortak bir Avrupa standardı bulunmadığını ve bu nedenle devlete bu alanda bırakılan takdir hakkının daha geniş olduğunu vurgulamaktadır (para. 53-57 ve 102). Bu saptama yanıltıcıdır ve en azından gerekçede hiç kullanılmaması gerekir. Çünkü Mahkeme’nin de bahsettiği gibi Avrupa’da birlik bulunmayan konu *üniversite öncesi eğitimde* öğrencilerin ve öğretmenlerin başörtüsü takmasıdır. Bu yasaklamanın makul bir sebebi de vardır. Devletin henüz reşit olmayan bireylerin dini izhar özgürlüğüne karışması veya onların eğitiminden sorumlu kişilerden dini kimliklerini belli etmemelerini istemesi⁴⁷ Sözleşme açısından sorun yaratmayabilir, çünkü böyle bir önlemin ölçülülük sınırını aştığını söylemek çok kolay olmayabilir. Ancak aynı şeyi hayata ilişkin her türlü kararını özgür iradesi ile almaya yetkin reşit bireyler olan üniversite öğrencileri açısından söylemek bu derece kolay değildir. Nitekim, bu konuda Avrupa’da bir ortak standart vardır. Mahkeme’nin yollama yaptığı devletlerin hiçbirinde üniversite eğitime başörtüsü veya başka bir dini kıyafetle girmek yasak değildir.⁴⁸ İlk öğretimdeki öğrenciden farklı olarak, eğer reşit bir üniversite öğrencisi

⁴¹ X/Birleşik Krallık, Başvuru no. 7992/77 14 DR 234 (1978). Aynı doğrultuda İnsan Hakları Komitesi’nin bir kararı için bkz. BM İnsan Hakları Komitesi kararı, Bhinder/Kanada, No. 208/1986, 28.11.1989, CCPR/C/37/D/208/1986.

⁴² Mahkeme’nin değinmediği ulusal mahkeme kararları da bu yöndedir. Örneğin bkz. Lordlar Kamarası’nın Mandla/ Dowell Lee kararı [1983] 1 ALL ER 1062; Fransız Danıştay’ın Kherouaa (1993) RDDP 220, Yılmaz (1995) RDDP 249 kararları. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. S. Poulter(1997), “Muslim Headscarves in School: Contrasting Legal Approaches in England and France”, *Oxford J. Legal Stud.* (Cilt 17), s. 43 .

⁴³ Karaduman/Türkiye, Başvuru no. no. 16278/90, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, s. 93.

⁴⁴ Bulut/Türkiye, Başvuru no. no. 18783/91, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı.

⁴⁵ Komisyon, bir din veya inancın etkisiyle yapılmış her hareketin “izhar” olarak kabul edilemeyeceğini söylemektedir. Bu içtihat ışığında neyin din veya inancın zorunlu bir parçası olduğu ve hangi davranışların sadece din veya inancın etkisiyle yapıldığını ayırmak oldukça güçtür. Bkz. Arrowsmith/Birleşik Krallık, 7050/75, 19 DR 5, para. 71. Karaduman kararı da aynı ilkeyi tekrar etmektedir.

⁴⁶ Bu konuda yerinde bir eleştiri için bkz. Malcolm D. Evans(1997), *Religious Liberty and International Law in Europe*, (Cambridge: Cambridge University Press), s. 307 vd.

⁴⁷ Bkz. Dahlab kararı.

⁴⁸ Bkz. İnsan Hakları İzleme Komitesi’nin Şahin Kararı sonrasında yayımladığı basın bülteni. HRW, “A Certain Lack of Empathy” http://hrw.org/english/docs/2004/07/01/turkey8985_txt.htm

üniversitede baskı altındaysa her türlü sosyal ortamda da baskı altında olma ihtimali vardır ve devlet bütün bu durumlarda gereken önlemleri çok geniş bir yelpazede almak zorundadır.

C. Çoğulculuk

Ölçülülük sorunu incelenirken göz ardı edilmemesi gereken bir ilke de çoğulculuktur. Çoğunluğun belli bir dine mensup olduğu ülkelerde, azınlığı koruyarak çoğunluğun dini taleplerini yerine getirmenin zorluğu açıktır.⁴⁹ Bu zorluk Türkiye gibi dinin çok önemli bir yere sahip olduğu ülkelerde daha açıklıkla görülebilmektedir. Demokratik bir devlet hem çoğunluğun din ve vicdan özgürlüğünü yerine getirmesine engel olmayacak, hem de azınlığın çoğunluğun dini talepleri karşısında ezilmesine engel olacaktır. Mahkeme de 9. madde davalarında çoğulculuğa vurgu yapmakta ve birden fazla dini inancın varolduğu toplumlarda, farklı grupların çıkarlarının ve herkesin inanç özgürlüğünün korunabilmesi için din ve vicdan özgürlüğüne sınırlandırmalar getirilebileceğini belirtmektedir.⁵⁰ Din ve vicdan özgürlüğü ile çoğulculuk arasındaki ilişki, Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin Tavsiye Kararı'nda⁵¹ da vurgulanmaktadır. Asamblenin 1999 yılında yayımladığı bir tavsiye kararına göre devlet, bir dinin fanatik dini azınlıklarca yürütülen faaliyetlerle özdeşleşmesini engellemek zorundadır.⁵² Aynı şekilde Tavsiye Kararında, devletlerin dinler arasında hoşgörüyü destekleme, giyim de dahil olmak üzere dini teamülleri kolaylaştırması ödevleri altında olduğunu belirtmektedir.⁵³ Tavsiye Kararına göre bu koruma alanının dışında kalan tek görüş *dini aşırılıktır (religious extremism)*. O halde Şahin kararındaki sınırlandırmanın makul olduğunu iddia edebilmek için başörtüsünün de dini aşırılığın bir parçası olduğu sonucuna varmak gereklidir.

Şahin kararında Mahkeme bu dengeyi araştırmamaktadır.⁵⁴ Yukarıda da belirtildiği gibi, Mahkeme, İstanbul Üniversitesi'nde (veya herhangi bir başka Türk üniversitesinde) türbandan kaynaklanan nasıl bir gerginlik olduğunu somut olarak belirtmemiştir. Ancak herhangi bir gerginlik olması durumunda bile ilk yapılması gerekenin bir grubun faaliyetini yasaklama değil, tarafları uzlaştıracı önlemlerin alınması olduğunu Mahkeme içtihadı açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre, dini çoğulculuğun sağlanması gereği demokratik bir toplumun içkin bir unsurudur.⁵⁵ Şerif/Yunanistan davasında Mahkeme, bir ülkede dini bir grubun veya başka bir topluluğun bölünmesinin çoğulculuğun doğal bir sonucu olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre devletin bu durumdaki görevi çoğulculuğu yok ederek gerginliği ortadan kaldırmak değil, çatışma içindeki grupların birbirlerini hoşgörü ile karşılamalarını sağlamaktır. Yukarıda söylenenler ışığında hatırlatmak gerekir ki, bu kararda Mahkeme Yunan hükümetinin sadece bir gerginliğin oluşabileceğine dair genel değerlendirmelerle yetindiğini, somut deliller de ileri süremediğini belirtmiştir.⁵⁶

⁴⁹ Theodore S. Orlin (1992), "Religious Pluralism and Freedom of Religion: Its Protection in Light of Church/State Relationships", in A. Rosas, J. Helgesen (eds.) *The Strength of Diversity*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, s. 89.

⁵⁰ Kokkinakis/Yunanistan, Series A. No. 260, para. 31; Başpınar/Türkiye, Başvuru no. 45631/99, 3.10.2002.

⁵¹ Recommendation 1202 (1993) on Religious Tolerance in a Democratic Society; Recommendation 1396 (1999) Religion and Democracy

⁵² Recommendation 1396 (1999) Religion and Democracy, para. 8.

⁵³ Aynı doğrultuda BM İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumu, para. 4. Bkz. yukarıda dipnot.31.

⁵⁴ Aslında Türkiye'de devletin bu dengeye uygun davrandığını söylemek mümkün değildir.

⁵⁵ Kokkinakis/Yunanistan, para. 31; Manoussakis ve Diğerleri/Yunanistan, 1997IV, para. 44.

⁵⁶ Şerif/Yunanistan, Başvuru no. 38178/97, 14.12.1999, para. 53.

Bu saptamalardan hareket edersek, devletin Sözleşme açısından öncelikli ödevi bu gerilimi ortadan kaldırmaktır. Öyleyse alınan bir önlemin ölçülü olup olmadığını saptamak için öncelikle çoğulculuğu koruyarak gerilimi kaldırmak için gerekli önlemler alınmaya çalışılmış mı, bu önlemlerin yaşama şansı nedir gibi soruların cevaplanması gereklidir. İnsan Hakları İzleme Komitesi'nin 2004 yılında konuyla ilgili olarak yayımladığı raporda⁵⁷ belirtildiği gibi, eğer bazı öğrenciler üniversitede diğerlerinin hak ve özgürlüklerine saygı göstermiyorlarsa, bunların faaliyetlerini hukuka uygun olarak yerine getirmesini sağlamak devletin görevidir. Devletin bu görevi ne ölçüde yerine getirdiği sorgulanmadan, bu konuda sağlıklı bir karar verilemez.⁵⁸ Alınan bir önlemin ölçülü sayılabilmesi ancak çoğulculuğu koruyarak gerilimi azaltmanın mümkün olmaması durumunda söz konusudur; ki Mahkeme bu konulara *Şahin* kararında hiç değinmemektedir.

Özellikle aşağıdaki diğer ölçütlerle birlikte değerlendirildiğinde bu eksiklik daha da yoğun bir şekilde hissedilmektedir.

1. Çoğunluğun Müslüman Olduğu Ülke

Mahkeme; *Refah Partisi*⁵⁹, *Karaduman* ve *Bulut* kararlarında olduğu gibi *Şahin* kararında da çoğunluğun Müslüman olduğu Türkiye'de başörtüsünü yasaklamanın sosyal bir zorunluluk olduğunu kabul etmiştir (para. 108). Bu olgunun yukarıda altını çizdiğimiz ilkeler açısından bir farklılık yaratıp yaratmadığına ayrıca bakmak gerekir.

Çoğunluğun Müslüman olduğu ülkede azınlığın baskı altında kalması konusundaki saptamanın iki sakat yönü vardır. Birincisi, İstanbul Üniversitesi'nde veya Türkiye'nin genelinde başını kapatanların çoğunlukta olduğunu gösteren herhangi bir istatistik yoktur. Türkiye'de nüfusun büyük çoğunluğunun Müslüman olması, tek başına İstanbul Üniversitesi'nde başını örtenlerin örtmeyenler üzerinde baskı kurduğu anlamına gelebilir mi? İkinci olarak başörtüsü davalarında Türk hükümetinin bu yönde bir itirazı olduğunu da söylemek mümkün değildir. Fahlbeck'in de ifade ettiği gibi hükümetin bu konudaki savunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması değil laiklik ilkesinin korunması üzerine inşa edilmiştir.⁶⁰ Nitekim, Türk hukukunda başörtüsünün üniversitelerde yasaklanmasının dayanağını oluşturan Anayasa Mahkemesi'nin E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı ve 7.3.1989 tarihli kararında da ölçüt başkalarının hak ve özgürlükleri değil laiklik ilkesidir.⁶¹ Yani Türk hukukunda bu alanda yapılan sınırlandırmanın gerekçesi başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması değildir.

⁵⁷ Memorandum to the Turkish Government on Human Rights Watch's Concerns with Regard to Academic Freedom in Higher Education, and Access to Higher Education for Women who Wear the Headscarf Human Rights Watch Briefing Paper, June 29, 2004, s. 35.

⁵⁸ Türkiye'de bu görevin ne ölçüde yerine getirildiği, Ramazan'da, Türkiye'nin çeşitli üniversitelerinde oruç tutmayan öğrencilere yönelik, ölüme varan sonuçlar doğuran saldırılar hatırlandığında tartışmaya fazlasıyla açıktır.

⁵⁹ Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 Şubat 2003 tarihli Büyük Daire Kararı, Para. 95.

⁶⁰ Reinhold Fahlbeck (2004), "Ora et Labora-on freedom of religion at the work place: a stakeholder cum balancing factors model" *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (C.20, Sayı 2), s.27.

⁶¹ Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 24. maddesine ilişkin incelemesinde '*Belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı ayır, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır.*' demekteyse de, başörtüsü takmayanlara baskı yapıldığı konusuna kararda hiç değinilmemektedir. Mahkemenin 24. maddeye ilişkin incelemesi bile dine dayalı kurallar koymanın laiklik ilkesine aykırı olacağı noktasında yoğunlaşmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı ve 7.3.1989 tarihli kararı, AYMKD 25, s. 133, 154.

2. Kadın-erkek eşitliği

Başörtüsü sorununun uluslararası hukuk açısından belki de en önemli boyutunu kadın-erkek eşitliğine getirdiği etki oluşturmaktadır.⁶² Ne var ki, kadın-erkek eşitliği açısından da Mahkeme'nin incelemesi son derece yüzeysel kalmaktadır. Kadının erkekten farklı olarak belli şekilde giyinmesi *zorunluluğu* elbette cinsler arası eşitliğe aykırı olarak görülebilir. Ancak kadının kendisi bu konuda ısrarlı olduğunda kadını belli kamu hizmetlerinden yararlandırmamak acaba bu eşitliği sağlar mı? Bir düşünceye göre, böyle bir önlem, eşitliği sağlamak şöyle dursun, tam tersine bazı kadınların eğitim öğretim hakkını engellediği için eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.⁶³ Bu bağlamda, *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmenin*⁶⁴ 10. maddesine göre eğitimde kadın-erkek eşitliğini sağlamak için devletin her türlü önlemi alması gerektiği vurgulanmalıdır. Gerçekten de, başörtüsü yasağı nedeniyle, Müslüman erkek öğrenciler herhangi bir kıyafet zorunluluğuna tabi tutulmazken, aynı durumdaki kız öğrenciler kıyafetleri nedeni ile üniversiteye devam edememe tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır.

Mahkeme, *Şahin* kararında sadece bir ilke olarak Avrupa Konseyi'nde kadın-erkek eşitliğine verilen öneme değinmiştir.⁶⁵ Bu konuya Mahkeme'nin yaklaşımını yine bir başörtüsü kararı olan *Dahlab*'da bulmak mümkündür. *Dahlab* olayında⁶⁶, İsviçre'de bir ilkokulda başörtülü bir şekilde öğretmenlik yapmasına izin verilmeyen başvuru, sadece 9. maddeyle korunan hakkının değil, ama aynı zamanda Müslüman bir erkek okulda öğretmenlik yaparken Müslüman bir kadının yapamaması nedeniyle Sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin de ihlal ettiğini de ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı değerlendirirken yapılan işlemin 14. maddeyi ihlal etmediğini, çünkü uygulamanın hedefinin kadınlar olmadığını, amacın devletin eğitim sisteminde tarafsızlığı sağlaması olduğunu ifade etmiştir. Buna göre aynı kısıtlama dini kimliğini açıkça gösteren bir erkeğe de uygulanacaktır.

Dahlab kararı açısından son derece anlaşılabilir bu yorum, *Şahin* olayında uygulanabilir mi? İlk olarak belirtmek gerekir ki, *Şahin Dahlab*'ın tersine Devlet ilkokulunda öğretmen değildir ve o nedenle devleti temsil etmesi gibi bir durum söz konusu olamaz. Bu nedenle *Dahlab*'da Mahkeme'nin bahsettiği *proselitizm* (yani dinini yayma) etkisi *Şahin*'de söz konusu değildir. İkinci ve daha önemli nokta, erkeğe de aynı kurallar uygulanır gerekçesinin gerçekçilikten çok uzak olmasıdır. Türkiye açısından düşünüldüğünde belki dini gerekçelerle sakal bırakan öğrencinin sakalını kesmesi örneği akla gelebilir ama hem sakal her zaman dini nedenlerle bırakılmamaktadır, hem de sakal bırakmak Müslüman erkek öğrenciler açısından başörtüsü kadar bağlayıcı bir dini ihtiyaç olarak algılanmamaktadır. Daha açıkça söylemek gerekirse, Mahkeme'nin ifade ettiği "erkekler de dinini belli edecek kıyafet giyseler onlara da aynı kural uygulanır" yaklaşımı *Dahlab* ve *Şahin* olaylarındaki eşitlik sorununu çözebilecek nitelikte değildir. Bu durumda Mahkeme'nin yapması gereken gerçekçi olmayan varsayımlardan yola çıkmak değil, gerçekten varolan olgulara Sözleşmeyi uygulamak olmalıydı. Bir başka deyişle kadın-erkek eşitliğinin kadınlara getirilen kıyafet zorunluluğu ile ihlal edilip edilmediği somut

⁶² Avrupa'da ulusal yargı makamlarının kararlarında kadın-erkek eşitliği başörtüsü davalarının ana eksenini oluşturmaktadır.

⁶³ Poulter, 70; Bahia Tahzib-Lie, 982.

⁶⁴ Sözleşmeyi Türkiye'de onaylamıştır. 3232 sayılı Onay Kanunu, RG: 18792, 25 Haziran 1985.

⁶⁵ Mahkeme'nin kadın-erkek eşitliğine vurgu yapan diğer kararları için bkz. *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali / Birleşik Krallık*, 28.5.1985, Series A no. 94, § 78; *Schuler-Zraggen / İsviçre*, 24.6.1993, Series A no. 263, para. 67.

⁶⁶ *Dahlab* kararı, bkz yukarıda dipnot 25.

olarak Mahkeme tarafından tartışılmalıydı. Böyle bir yasaklamanın okula giremeyen kız öğrencileri daha da dışlayıp dışlamadığı kadın-erkek eşitliği açısından tartışılabilir.

IV. Yeni Sorunlar

YÖK Başkanı Prof. Dr. Erdoğan Teziç, *Şahin* kararına ilişkin soruları cevaplarken “*artık Anayasa ve yasa değiştirilerek türbana izin verilemez*” diyerek, türban sorununun hukuksal açıdan bir daha açılmayacak şekilde kapandığını ifade etmiştir.⁶⁷ Teziç bu konudaki görüşlerini şu şekilde açıklamaktadır: “*[...] Anayasa'nın 90'ıncı maddesi değiştirilerek, iç hukukumuzda uluslararası antlaşmalar, Anayasa'dan ve kanunlardan üstün bir yere getirildi. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, bu giysiyle ilgili kararı da adeta 'anayasaüstü' bir bağlayıcılık taşıyor. Türkiye gelecekte Anayasa'yı değiştirirken, bu mahkemenin kararlarını görmezden gelemeyiz.*”⁶⁸ Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer de “[...] ulusal ve uluslararası yüksek mahkeme kararlarında açıklanan içerikleriyle gerek Anayasa gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları, Türkiye Cumhuriyeti'nde türban konusunu, geriye dönülemeyecek biçimde gündemden çıkarmıştır”⁶⁹ diyerek aynı kanıda olduğunu açıkça dile getirmiştir.

Burada cevaplanması gereken iki sorun vardır. Birincisi Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişikliğin gerçekten de temel haklara ilişkin antlaşmaları Anayasa'nın üstüne taşıyıp taşımadığı sorunu. İkincisi ise Mahkeme'nin kararı karşısında bu konuda düzenleme yapıp yapılamayacağı sorunu. İlk sorun ayrı bir makale konusu olabilecek bir konu olduğu için burada ayrıntılarına girmiyoruz. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar Teziç'in Sözleşmenin Anayasa üstünde bir değere sahip olduğuna dair görüşlerine katılmasak da, Mahkeme'nin ihlal bulduğu herhangi bir konuda mevcut mevzuatı korumanın yeni ihlalleri doğuracağı ve bu durumun da Türkiye'nin uluslararası sorumlulukları açısından kabul edilebilir bir durum olmadığı düşünüldüğünde, Mahkeme'nin ihlal kararları sonrasında gerekli yasal ve anayasal düzenlemeler şüphesiz yapılmalıdır.

Ancak *Şahin* kararında bir ihlal değil, sözleşmeye uygunluk kararı vardır. Kural olarak Mahkemenin ihlal sonucuna ulaşmaması, Devletin herhangi bir girişimde bulunmaması halinde ihlale yol açılmayacağı anlamına gelmekle birlikte, şikayetçinin taleplerine uygun yeni bir düzenleme yapılmasının mutlaka Sözleşmeye aykırılık oluşturacağı anlamına da gelmez. Bu kuralın istisnası, şikayetçinin talebi doğrultusunda yapılacak değişikliğin Devletin egemenliği altında yaşayan diğer kişilerin, haklarına halel getirmesi halidir.

Somut olay ışığında söylediklerimizi tekrar etmek gerekirse; eğer *Şahin* kararı “Türkiye Cumhuriyeti sadece üniversitelerde türbanı yasaklama hakkına sahip değildir, bu aynı zamanda Devlete diğer kişilerin Sözleşme tarafından tanınan haklarını korumak üzere yüklenmiş *pozitif bir ödevdir*” şeklinde okunursa “Anayasa ve yasa değiştirilerek türbana izin verilemez” sonucuna ulaşılabilir. Bir başka deyişle Mahkeme'nin Türkiye'de türban takmayan öğrencilerin haklarının korunması için türbanın yasaklanmasından başka bir çare olmadığına hükmetmiş olması gereklidir.

⁶⁷ Neşe Düzel, 'Türbanın şansı yok', Erdoğan Teziç'le Ropörtaj, Radikal 26 Temmuz 2004.

⁶⁸ Aynı yerde.

⁶⁹ Cumhurbaşkanlığı'nın B.01.0.KKB.01-18/A-9-2004-890 sayılı ve 03/08/2004 tarihli, 5227 sayılı "Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun"u geri gönderme tezkeresi.

Şahin kararından böyle bir pozitif ödev sonuca ulaşmak mümkün müdür? Mahkeme, *Şahin* kararındaki çok kısa gerekçe kısmında öncelikle türban ve benzeri giysilerin giyilmesinin kamu düzeni, kamu güvenliği ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma gerekçeleri ile sınırlanabileceğini hatırlatmaktadır (para. 98).⁷⁰ Bu hatırlatma sadece bir olasılık olarak değerlendirilebilir. Ne var ki, Mahkeme'nin analizi burada durmamaktadır. Mahkeme, Türkiye gibi büyük bir çoğunluğu belli bir dine mensup olan ülkelerde, köktenci akımların baskısına karşı önlem olarak Üniversitelerin dini izhar hakkına belirli sınırlamalar getirebileceğini ifade etmektedir. Mahkeme'ye göre, bu karar sorgulanırken dini zorunluluk olarak algılanan başörtüsünün, başörtüsü takmayanlar üzerinde oluşturduğu etki de dikkate alınmalıdır (*Şahin*, para 99, 108; *Refah Partisi*, para. 95). Mahkeme, Türkiye'de köktenci siyasi akımların kendi dini sembollerini tüm topluma dayatma çalışmalarını ve Türk siyasi tarihini dikkate aldığını belirtmekte ve yapılan düzenlemenin bu çerçevede görülmesi gerektiğini; alınan önlemin, üniversitede çoğulculuğu, kamu düzenini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan bir önlem oluşturduğunu ifade etmektedir (*Şahin*, para. 109; *Refah Partisi*, 124).

Bir başka karar bağlamında belirtildiği gibi⁷¹, köktendinci akımlarla başörtüsü takan öğrenciler arasındaki tek bağ, ikincilerin dini kimliğini gösteren başörtüsü olduğuna göre başörtüsü Üniversite'de olsun veya olmasın kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlükleri açısından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Bu akıl yürütmeye göre, devlet sadece başörtüsünü yasaklamak yetkisine sahip değildir, bu aynı zamanda Devletin ödevidir de. Aksi takdirde kadın-erkek eşitliğini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ödevini yerine getirmemiş olacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi Mahkeme ölçülülük ilkesine *Şahin* kararında hiç değinmediği için türban yasağının bir alternatifinin olup olamayacağını, olursa hangi şartlar gerçekleşince bu alternatifin tercih edilmesi gerektiğini belirlemek mümkün olamamaktadır. Ancak, Mahkeme'nin ifade tarzından anlaşılan, başörtüsünün Batı Avrupa'da sorun açmayacağı için üniversitelerde takılabileceği, ama Türkiye'de köktendinci gruplar ve daha önemlisi siyasi faaliyetlerinde İslam'a referans veren güçlü siyasi partiler⁷² bulunduğu sürece yasaklanmasının bir pozitif ödev olarak görülebileceğidir. Türkiye'de yetkililerin bu gerekçelerle kanun ve anayasa değiştirilemez sonucuna ulaşması mümkündür, yoksa 90. madde değiştiği için değil. Ne var ki, bu sonuç bizi çok zor başka hukuksal sorunlarla karşı karşıya bırakmaktadır. Aşağıda bu olasılıkları incelemeye çalışacağız.

Eğer gerçekten Mahkeme yukarıda açıklanan gerekçelerle türban sorununu üniversitelerden geri dönülemeyecek şekilde gündemden çıkardıysa, aynı şekilde Türk hukuk hayatının başka alanlarına geri dönülmez bir şekilde *türban sorununu* sokmuş demektir. Bir kere, karar tüm Türkiye hakkında yargılar içerdiğine göre, başörtüsü yasağını uygulamayan bir okulda, başı açık bir öğrencinin talebi üzerine Rektörlük hemen gerekli işlemi yapmak ve başörtülü öğrencilerin okula girmesini engellemek zorunda olacaktır. Bu durum vakıf üniversiteleri için de geçerli olacağına göre Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın teklif ettiği gibi özel üniversitelerde türbanı serbest bırakmak gibi bir olasılık da sözkonusu olamaz.

Ancak bundan daha önemlisi pozitif ödevin kabulü, başörtüsünün kamuda veya özel alanda giyildiği her yeri etkileme potansiyeline sahip olmasıdır. Şöyle ki; Mahkeme'nin kararına

⁷⁰ Ayrıca Karaduman/Türkiye (no.16278/90, 3 Mayıs 1993 tarihli Komisyon kararı, DR 74, s. 93) ve Dahlab/İsviçre (no. 42393/98, ECHR 2001-V) kararları da burada hatırlatılmakta.

⁷¹ Fahlbeck aynı hususa *Karaduman* kararı bağlamında değinmektedir. Fahlbeck s.. 27.

⁷² Bu sonucu, *Refah Partisi* kararına yapılan göndermelerden çıkarmak mümkündür.

hakim olan nokta başörtüsü yasağının toplumda kadın-erkek ayrımcılığını önlemek ve başkalarının din ve vicdan özgürlüğünü korumak amacıyla yapıldığı –ve hatta yapılması gerektiğidir (para. 107-108). Ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası metinlerde devletin sadece ayrımcılık yapmaması değil, aynı zamanda ayrımcılığı toplumsal hayatın tamamında engellemek için gerekli önlemleri alması beklenmektedir.

Türkiye tarafından da onaylanan *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme*'nin⁷³ 2. maddesinin (e) fıkrası, devletlerin “Herhangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek için gerekli her türlü tedbiri alma[sı]” gerektiğini öngörmektedir.

Konuyla doğrudan ilgili *Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Bildirisi*'nin⁷⁴ 4. maddesi “Bütün Devletler, kişisel, ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel yaşamın her alanında insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılması sırasında din ve inanca dayanan ayrımcılığı önlemek ve tasfiye etmek için etkili tedbirler alır.”⁷⁵

Öğretide aynı ödevin Türkiye'nin de taraf olduğu *Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*'nin (KSHS)⁷⁶ ayrımcılığa ilişkin 2. maddesinden de çıkarılabileceği savunulmaktadır.⁷⁷ KSHS'nin ilgili maddesi şu şekildedir: “Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı [...]taahhüt eder.”⁷⁸

KSHS'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi de konuyla ilgili Genel Yorumunda⁷⁹ din ve vicdan özgürlüğü ile 2, 3 ve 26.⁸⁰ maddeler arasında doğrudan bağlantı kurmuştur.

Benzer bir durumun Sözleşme açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Sözleşmenin 1. maddesi Devletlere yetki alanında bulunan kişilere Sözleşmece tanımlanan haklarını güvence altına alma⁸¹ ödevi yüklemektedir. Bu hüküm, açıkça devletlere özel hukuk kişilerinin Sözleşme ihlallerine müdahale etme görev ve yetkisini yüklemektedir. Gerçekten

⁷³ 3232 sayılı Onay Kanunu, RG: 18792, 25 Haziran 1985.

⁷⁴ Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Bildirisi, BM Genel Kurulu'nun 25 Kasım 1981 tarihli ve 36/55 sayılı kararı. Türkçe metin için bkz. *TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Uluslararası Temel İnsan Hakları Belgeleri*, (Ankara: TBMM, 2001) s. 215.

⁷⁵ Bu konuda bir değerlendirme için bkz. N. Lerner (1991), *Group Rights and Discrimination in International Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers), s. 84-87.

⁷⁶ Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, no. 4868, RG: 18 Haziran 2003, 25142.

⁷⁷ Courtney W. Howland (1999), “Safeguarding Women's Political Freedoms Under the International Covenant on Civil and Political Rights in the Face of Religious Fundamentalism”, in Courtney W. Howland (ed.) *Religious Fundamentalisms and the Human Rights of Women*, (New York: St. Martin's Press), s. 93; T. Buergenthal (1981), “To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations”, in L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights*, (New York: OUP), s. 72.

⁷⁸ İngilizce metinde “to respect and to ensure”, Fransızca metinde “à respecter et à garantir”.

⁷⁹ Genel Yorum, yukarıda dn. 31, para. 8.

⁸⁰ 3. madde kadın-erkek eşitliği, 26. madde kanun önünde eşitlik üzerinedir.

⁸¹ Sözleşmenin resmi çevirisinde tanımak fiili kullanılmakla birlikte, İngilizce metinde “secure” fiili yer almaktadır. Her ne kadar Fransızca metinde reconnaissance terimi kullanılmaktaysa da, Mahkeme'nin kararlarında KSHS'nin Fransızca metninde olduğu gibi “garantir” teriminin tercih ettiği görülmektedir. Örneğin bkz. Mahmut Kaya kararının Fransızca metni, para. 115.

de, devletlerin özel kişilerden kaynaklanabilecek hak ihlallerini önleme ödevine ilişkin Sözleşme içtihadı da çok zengindir.⁸² *Yatay etki* olarak adlandırılan bu ödev, bugüne kadar Strasbourg içtihadında Devletin özel kişilerden kaynaklanabilecek yaşam hakkı⁸³, işkence ve kötü muamele yasağı⁸⁴, özel hayatın korunması⁸⁵, ifade özgürlüğü⁸⁶, toplantı ve gösteri hakkı⁸⁷ ihlallerini önleme yükümlülüğü kapsamında gündeme gelmiştir.

Mahkeme, Sözleşmenin 1. maddesinde düzenlenen devletin yetki alanında bulunan kişilerin Sözleşme tanımlanan haklarını güvence altına alma ödevini tüm haklarla ilişkilendirdiği için⁸⁸, Sözleşmenin 9. maddesi de sadece devletin din ve vicdan özgürlüğüne müdahale etmemesini gerektirmemekte, aynı zamanda devletin kişilerin din ve vicdan özgürlüğünü kullanabilmesi için gerekli önlemleri almasını da gerektirmektedir.⁸⁹

Nitekim Sözleşme içtihadında da başkalarının din ve vicdan özgürlüğünün korunması amacıyla devletin, kişilerin Sözleşme tarafından korunan bazı haklarına sınırlandırma getirebileceğini kabul eden çok sayıda karar bulunmaktadır. Örneğin, Komisyon'a göre bir dine yönelik kışkırtma ve eleştirinin belli bir sınırı geçmesine rağmen devletin bu faaliyete hoşgörü göstermesi Sözleşme karşısında o devletin sorumlu tutulmasına neden olabilir.⁹⁰ Bu yaklaşım Mahkeme tarafından *Otto-Preminger-Institut*⁹¹ ve *Wingrove*⁹² kararlarında tekrarlanmıştır. Mahkeme bu kararlarında, davalı devletlerin Sözleşmeyi ihlal etmediğine karar verirken, Hristiyan değerlerini kışkırtıcı bir şekilde tasvir eden filmlerin toplatılmasının veya bu filmlere gösterim izni verilmemesinin demokratik bir toplumun bir özelliği olan hoşgörü ruhunun kötü niyetli bir ihlali olduğunu belirtmiştir.⁹³ Elbette bu kararlar devletlerin din ve vicdan özgürlüğünü korumak için başka hakları sınırlandırmak zorunda olduğu anlamına gelmez. Ancak belli şartların oluşması halinde devletin diğerlerinin din ve vicdan özgürlüğünü koruyabilmek için önlemler alması gerekebileceğini gösterir.⁹⁴

Şahin kararına bakıldığında açıkça görülecektir ki, Mahkeme'nin Türkiye'de din değerlendirmesi sadece üniversitelerle sınırlı değildir. Mahkeme Türkiye'deki köktendinci grupları ve Türkiye'nin yakın siyasi tarihini tehlike olarak görmektedir (para. 109). Bu faktörler tehlike yaratmaktaysa sadece üniversitelerdeki öğrenciler için değil, herhalde herkes için yaratmaktadır.

⁸² Bu konuda erken tarihli ama aydınlatıcı bir çalışma için bkz. A. Clapham (1993), *Human Rights in the Private Sphere*, (Oxford: Clarendon Press).

⁸³ Osman/Birleşik Krallık, 1998-VIII RJD 3124; Akkoç/Türkiye, başvuru No. 22947-8/93, 10.10.2000; Kılıç/Türkiye, başvuru. no. 22492/93, 28.3.2000; Mahmut Kaya/Türkiye, başvuru no. 22535/93, 28.3.2000.

⁸⁴ A/Birleşik Krallık, 1998-VI RJD 2693; E ve diğerleri/Birleşik Krallık, başvuru no. 33218/96, 26.11.2002.

⁸⁵ X ve Y/Hollanda, Series A No. 91; Stubbings ve Diğerleri/ Birleşik Krallık, 22.10.1996, 1996IV RJD

⁸⁶ Özgür Gündem/Türkiye, başvuru No. 23885/94, , 16.3.2000.

⁸⁷ Plattform "Ärzte für das Leben"/Avusturya, 21.6.1988, Series A. no. 139

⁸⁸ Örneğin bkz. A/Birleşik Krallık, 1998-VI RJD 2693, para. 22.

⁸⁹ Yargıç Martens, Kokkinakis davasında Devletin dini yaymacılığı (*proselitizmi*) engellemek gibi bir görevi olmadığını savunmaktadır. Kokkinakis, karşıoy, para. 15. Evans Sözleşme'nin 1. maddesi dikkate alındığında bu görüşün kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Evans, s. 332.

⁹⁰ Church of Scientology ve 128 Üyesi/İsveç, 21 DR 109, s. 109. Komisyon bu sınırın ne olduğunu belirtmemiş, sadece ilgili olayda bu sınıra ulaşılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Aynı doğrultuda bkz. X Ltd ve Y/Birleşik Krallık, Başvuru No. 8710/79, 28 DR 77.

⁹¹ Otto-Preminger-Institut/Avusturya, 20.9.1994, Series A. No 295.

⁹² Wingrove/Birleşik Krallık, 25.1996, RJD 1996-V.

⁹³ Otto-Preminger davasında Komisyonun kararına, Yargıç Palm, Pekkanen ve Makarczyk'in haklı gerekçelerle katılmadığını hatırlatmakta fayda vardır.

⁹⁴ Aynı doğrultuda bkz. Evans, s. 340.

Şahin kararının mantığından yola çıkarsak, devlet üniversitelerinde eğitimini devam ettiren ve başörtüsü takmayan öğrenciler tehdit altındaysa, devletin kontrolü dışında faaliyet gösteren özel işyerlerinde bu baskının çok daha fazla olacağına şüphe yoktur. 20-21 yaşında bir üniversite öğrencisi, bu baskıyı hissetmekteyse, 17-18 yaşında dokuma tezgahında çalışan genç bir kız bu baskıyı çok daha fazla hissedecektir. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, devletin bu alanda da ayrımcılığı ortadan kaldırmak için türbanı yasaklaması çok normal olacak, hatta *Şahin ölçütüne* göre, devlet bu önlemi almak zorunda kalacaktır.

Küçük yerleşim birimlerinde bu ihtiyaç daha da fazla kendini gösterecektir. İstanbul Üniversitesi gibi bir metropol üniversitesinde bile Devlet, başörtüsü baskısını önlemek için başörtülü öğrencileri okula almamaktan başka çare bulamıyorsa, özellikle taşra üniversitelerinde veya küçük illerimiz ve ilçelerimizde başörtüsü takmayanlar üzerindeki baskıyı önlemesi mümkün değildir.

Bir an için, hükümetin, *Şahin* kararıyla kendisine pozitif ödev yüklendiğini kabul edip gerek özel girişimlerde ve gerekse tüm kamu hizmeti alanlarında, türbanı, türbansızlar üzerindeki baskıyı engellemek için sınırlamaya başladığını düşünelim. Böylesi, bir girişimin yaratacağı sorunların Mahkeme önüne taşınması durumunda, *Şahin ölçütü* anlamını yitirecektir. Bu durumda, Mahkeme soyut ilkelerle değil, somut gerçeklik üzerinden karar vermeye zorlanacaktır. Çünkü böyle bir durumda Mahkeme *Şahin* kararına geri dönmek zorunda kalacaktır.

Aslında türban sorununa “Türkiye’deki” laiklik ölçütü ile din ve vicdan özgürlüğü açılarından yaklaşmanın en ayırt edici özelliği burada yatmaktadır. Soruna sadece Türkiye’de laiklik açısından yaklaşıldığında, “kamusal” denilen alanlara türbanlıları sokmayarak türban sorununu ötelemek mümkün olabilir. Bununla birlikte böylesi bir girişim din ve vicdan özgürlüğünün kullanımı ve bu hakkın kullanımının başkalarının haklarına etkisi bağlamında önemli ve yaygın hukuksal sorunlar doğuracaktır.

Sonuç

Toplumsal gerçeklik bir kez de hukuksal gerçeklik olarak kurulmaktadır. Hukukta ortaya çıkan sorunlar, toplumsal gerçeklikle bağları hukuksal dolayımın katmerleştiği noktalarda, neredeyse silinmek üzere olan saf hukuksal sorunlar dışında genellikle toplumsal sorunların taşıyıcılarıdır. Hukuksal gerçeklik içindeki bu sorunların çözülmesi genellikle, köken aldıkları toplumsal sorunların da çözüldüğü anlamına gelmez. Aksini düşünmek, hukukçu idealizmi olacaktır.

Üniversitelerde, kadın öğrencilerin türbanlı kılık kıyafetleriyle dini inançlarını izhar etmeleri Türk toplumsal yaşamında sorun yarattı. Doğal olarak, hukuk, bu toplumsal olguyu da hukuk gerçekliği içinde yeniden kurmuş ve düzenlemiştir. Bu çerçevede, üniversitelerin, kurulmaları ve buralarda yüksek öğretim kamu hizmetinin üretimi yasalarla düzenlenmiş hukuksal statüler aracılığıyla gerçekleşmesi; bireylerin dini inançlarını izhar etmelerinin hukuksal düzenlemelerde bir hak olarak tanınması; üniversite yönetimlerinin, hukuksal düzenlemelerle bu hakkın kullanımına müdahale etmeleri; itirazların hukuksal uyuşmazlıklar yaratması ve ulusal ve ulusüstü yargı organlarının devreye girmesi vb.’leri Türk toplumunda kadınların İslam’ın kurallarını günlük toplumsal yaşamlarında (en azından yüksek öğrenim görürken ve en azından giyim konusundaki İslami kuralları) uygulamak istemelerinin yarattığı sonuçlara ve sorunlara hukuksal bir görünüm kazandırmıştır.

Bugüne kadar Türk yargı makamlarında ve şimdi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde kadınların –en azından yüksek öğrenim görürken ve en azından giyim konusundaki- İslami kuralları günlük toplumsal yaşamlarında uygulama niyetinin yarattığı sorunlar, basit bir hukuk sorunu olarak görülmüş ve *Şahin* kararının bu sorunu nihai olarak çözdüğü sonucuna kolaylıkla ulaşılmıştır. Oysa, sorun bu kadar basit değildir. Sorunun gerisinde yatan, yüksek öğrenimini türbanlı tamamlayan öğrencilerin, bundan sonra kamu görevliliğinde de türbanla yer alma talebinde bulunabilecekleri gerçeğidir. Kanımızca daha önemlisi, özellikle serbest mesleklerde ve kamu hizmeti yürüten özel girişimlerde, işlerini İslami anlayışa göre yürüten bir kesim ile diğerleri ayrımının hızla ortaya çıkma tehlikesidir. Bu gerilimin sosyal dinamikleri de üniversitede takılan türban değildir. Bu nedenle, Türkiye’nin son yirmi yılının en önemli sorunlarından biri olan üniversitede türban, Mahkemenin *Şahin* kararı ile, sanıldığı gibi aksine bir daha açılmamak için çözülmemiştir.

Din motifinin kimlik belirlenmesinde her geçen gün daha fazla etkili olduğu bir toplumda, “İslamlaşan” Türkiye’de, üniversitede türbanın yasaklanmasını sağlayan mahkeme kararı, muharebe daha büyük bir alanda yapılabilecek kadar konuyu ertelemek anlamına gelmektedir. Laik devlete sahip bir ülkenin üniversitelerinde kadın öğrencilerin türban takarak dini inançlarını izhar etmemeleri için kazanılan zafer, Türk hukukun, temel hakların korunması ve sınırlaması için kurmuş olduğu idarenin keyfiliğine karşı yasaların güvencesini temel alan sisteminin terk edilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yargılama tekniklerinin eğilip bükülmesi ve geliştirmiş olduğu içtihadın kırılması pahasına elde edilmiştir. Böylesi bir zafer daha kazanırsak insan haklarının hukuk aracılığıyla korunması sisteminden geriye elimizde ne kalacağını sormamak mümkün değildir.

Şahin davası ile hukuksal bir muharebe kazanılmıştır. İmam hatip liseleri, zorunlu din dersi ve Diyanet İşleri Başkanlığı, kuran kursları gibi devletin din hizmeti üreten birimlerine dokunmaya cesaret edemeyenler, bu kayıpların tüm faturasını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de onaması ile bazı üniversitelerdeki türbanlı öğrencilere ve insan hakları koruma sistemine çıkarmıştır. Türban sorunun sosyal kaynağı olduğu yerde durmaktadır. *Şahin* kararı ile ortadan kalkan (veya azalan) bir şey varsa o da, insan haklarının korunmasında kanunilik, ölçülülük ve çoğulculuk ilkeleridir.

14.10.2004

Ankara